

Die Rechtsprechung der ICSID-Schiedsgerichte: Zwischen
Homogenität und Heterogenität
(Die Debatte über die Schaffung einer ICSID-Berufungsinstanz)

Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades Dr. iur.

Eingereicht am: 8. Oktober 2007
Bei der Juristischen Fakultät der Humboldt- Universität zu Berlin

von: Aristidis Tsatsos, LL.M.
geboren am 19. Juli 1982 in Athen

Präsident/ Präsidentin der Humboldt-Universität zu Berlin
Prof. Dr. Dr. h.c. Christoph Marksches

Dekan/ Dekanin der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin
Prof. Dr. Dr. h.c. Ingolf Pernice

Gutachter

1. Prof. Dr. Dr. h.c. Christian Tomuschat
2. Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski

Tag der mündlichen Prüfung: 31. Januar 2008

Dem Menschen, der in mir den Grundsatz der Gerechtigkeit inspiriert, Prof. Dr. Dr. h.c.
Christian Tomuschat

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	VIII
Einleitung	1
Erster Teil: Der Schutz ausländischer Privatinvestitionen durch die ICSID- Schiedsgerichtsbarkeit	4
I. Die Bedeutung der Auslandsinvestitionen	4
II. Der Schutz von Auslandsinvestitionen außerhalb des ICSID-Systems	5
III. Das ICSID-System	10
A. Entstehungsgeschichte	10
B. Das ICSID-Zentrum, die ICSID-Schiedsgerichte und die Merkmale der ICSID- Schiedssprüche	11
C. Das Ziel des ICSID-Systems	14
D. Die Zuständigkeit des ICSID-Zentrums	15
E. Explosion der ICSID-Rechtsprechung und „Arbitration without Privity“	17
IV. Schutz von Auslandsinvestitionen durch Investitionsschutzabkommen	19
A. Bilaterale Investitionsschutzabkommen	19
B. Nordamerikanisches Freihandelsabkommen	27
V. Zusammenfassung	29
Zweiter Teil: Die Anwendbarkeit des Völkerrechts im ICSID-Schiedsverfahren und die institutionelle Sicherung der Homogenität der Rechtsprechung der ICSID- Schiedsgerichte	30
I. Die Anwendbarkeit des Völkerrechts im ICSID-Schiedsverfahren	30
A. Das die Gültigkeit der ICSID-Schiedsvereinbarung regelnde Recht	30
B. Das anzuwendende Verfahrensrecht	30
C. Das anzuwendende materielle Recht	31
1. Auswahl des Völkerrechts durch die Parteien	32
2. Die Anwendbarkeit des Völkerrechts bei fehlender Rechtswahl	35
3. Die Anwendbarkeit des Völkerrechts mangels seiner Auswahl	39
D. Bewertung	43
II. Homogenitätssicherung im ICSID-Schiedsgerichtssystem	44
A. Homogenität der Rechtsprechung: Systeminterne und systemexterne Auswirkungen ..	44
B. Präventive Homogenitätssicherung	48
1. Gemeinsame Interpretationserklärungen und verbindliche Interpretationen	48
2. Konsolidierung	51

C. Repressive Homogenitätssicherung durch die ICSID-Rechtsmittel.....	53
1. Auslegungs- und Wiederaufnahmeverfahren.....	54
2. Aufhebungsverfahren.....	55
D. Bewertung.....	59
Dritter Teil: Prüfung der Homogenität der ICSID-Rechtsprechung.....	60
I. Prüfungsmaßstab: Das Auslegungssystem der Wiener Vertragsrechtskonvention	60
A. Rechtsnatur	60
B. Der objektive Ansatz	61
C. Die allgemeine Auslegungsregel von Artikel 31 WVK	62
D. Ergänzende Auslegungsmittel gemäß Art. 32 WVK: Insbesondere die entstehungsgeschichtliche Auslegung.....	65
E. Nicht in die Wiener Vertragsrechtskonvention angenommene Regel.....	66
F. Der Grundsatz von Treu und Glauben	66
II. Homogenitätsprüfung	67
A. Der Terminus „Investition“ gemäß Artikel 25 des ICSID-Übereinkommens.....	67
1. Einführung.....	67
2. Fallstudien	70
a) Fedax v. Venezuela (Orrego Vicuña, Owen, Heth), 11.07.1997	70
Bewertung	72
b) CSOB v. Slovak Republic (Buergenthal, Bernardini, Bucher), 24.05.1999.....	73
Bewertung	74
c) Salini v. Morocco (Briner, Cremades, Fadlallah), 23.07.2001	75
Bewertung	76
d) Mihaly v. Sri Lanka (Sucharitkul, Rogers, Suratgar), 15.03.2002	77
Bewertung	79
e) SGS v. Pakistan (Feliciano, Faurès, Thomas), 06.08.2003.....	80
Bewertung	81
f) SGS v. Philippines (El-Kosheri, Crawford, Crivellaro), 29.01.2004	81
Bewertung	82
g) Joy Mining v. Egypt (Orrego Vicuña, Weeramantry, Craig), 04.08.2004	82
Bewertung	83
h) PSEG v. Turkey (Orrego Vicuña, Fortier, Kaufmann-Kohler), 04.06.2004	84
Bewertung	85
i) LESI-DIPENTA v. Algeria (Tercier, Faurès, Gaillard), 10.01.2005.....	86

Bewertung	87
3. Ergebnis.....	88
B. Anwendbarkeit der Meistbegünstigungsklausel auf Verfahrens- bzw. auf Streitbeilegungsvorschriften.....	89
1. Einführung.....	89
2. Fallstudien	92
a) Maffezini v. Spain (Orrego Vicuña, Buergenthal, Wolf), 25.01.2000.....	92
Bewertung	95
b) Siemens v. Argentina (Rigo Sureda, Brower, Bello Janeiro), 03.08.2004	96
Bewertung	98
c) Salini v. Jordan (Guillaume, Cremades, Sinclair), 29.11.2004.....	99
Bewertung	100
d) Plama v. Bulgaria (Salans, van den Berg, Veeder), 08.02.2005.....	102
Bewertung	105
e) Gas Natural v. Argentina (Lowenfeld, Álvarez, Nikken), 17.06.2005	106
Bewertung	108
f) Suez/AWG v. Argentina (Salacuse, Kaufmann-Kohler, Nikken), 03.08.2006.....	109
Bewertung	112
g) Telenor v. Hungary (Goode, Allard, Marriott), 13.09.2006	113
Bewertung	116
3. Ergebnis.....	118
C. Zuständigkeit der ICSID-Schiedsgerichte für reine Vertragsverletzungen durch Regenschirmklauseln und weite Streitbeilegungsklauseln.....	119
1. Einführung.....	119
2. Fallstudien	122
a) Salini v. Morocco (Briner, Cremades, Fadlallah), 23.07.2001	122
Bewertung	123
b) Vivendi v. Argentina (Fortier, Crawford, Fernández Rozas), 03.07.2002	123
Bewertung	124
c) SGS v. Pakistan (Feliciano, Faurès, Thomas), 06.08.2003	124
Bewertung	128
d) SGS v. Philippines (El-Kosheri, Crawford, Crivellaro), 29.01.2004	129
Bewertung	133
e) Joy Mining v. Egypt (Orrego Vicuña, Craig, Weeramantry), 06.08.2004.....	134

Bewertung	136
f) LESI-DIPENTA v. Algeria (Tercier, Faurès, Gaillard), 10.01.2005	138
Bewertung	139
g) Noble Ventures v. Romania (Böckstiegel, Lever, Dupuy), 12.10.2005	140
Bewertung	143
h) El Paso v. Argentina (Caflisch, Stern, Bernardini), 27.04.2006 und Pan American v. Argentina (Caflisch, Stern, van den Berg), 27.07.2006	144
Bewertung	148
3. Ergebnis.....	150
D. Höhe der Enteignungsentschädigung und Abgrenzung zwischen staatlicher Regulierung und indirekter Enteignung	152
1. Einführung.....	152
2. Fallstudien	162
a) Benvenuti et Bonfant v. The Government of the People's Republic of the Congo (Trolle, Bystricky, Razafindralambo), 08.08.1980	162
Bewertung	163
b) Amco Asia v. Indonesia (Goldman, Foighel, Rubin), 21.11.1984	164
Bewertung	166
c) LETCO v. The Government of Republic of Liberia, (Cremades, Goncalves Pareira, Redfern) 31.03.1986.....	166
Bewertung	167
d) SPP v. Arab Republic of Egypt (Jimenez de Arechaga, El Mahdi, Pietrowski), 30.05.1992	168
Bewertung	170
e) Santa Elena v. Costa Rica (Fortier, Lauterpacht, Weil), 17.02.2000	170
Bewertung	172
f) Metalclad v. Mexico (Lauterpacht, Civiletti, Luis Siqueiros), 30.08.2000 (Additional Facility).....	173
Bewertung	176
g) Tecmed v. Mexico (Grigera Naón, Fernández Rozas, Bernal Vereza), 29.03.2003 (Additional Facility).....	177
Bewertung	180
3. Ergebnis.....	181
E. Notstand	183

1. Einführung.....	183
2. Fallstudien	188
a) CMS v. Argentina (Orrego Vicuña, Lalonde, Rezek), 12.05.2005.....	188
Bewertung	191
b) LG&E v. Argentina (Bogdanowsky de Maekelt, Rezek, van den Berg), 03.10.2006	193
Bewertung	196
c) Enron v. Argentina (Orrego Vicuña, van den Berg, Tschanz), 22.05.2007.....	198
Bewertung	201
3. Ergebnis.....	202
III. Bewertung der Homogenitätsprüfung: Heterogenität	204
Vierter Teil: Reformansätze	211
I. Präventive Mechanismen	211
A. ICSID-Generalanwälte	211
B. ICSID-Vorabentscheidungsverfahren.....	211
C. Bewertung.....	212
II. Eine ICSID-Berufungsinstanz	213
A. Der Reformvorschlag des Diskussionspapiers des ICSID-Sekretariats von 2004: Ein nichtständiges sich an dem jeweiligen Investitionsschutzabkommen orientierendes Berufungsgremium	213
B. Bewertung.....	214
C. Eine umfassende ICSID-Berufungsinstanz?.....	215
1. Problemstellung: „Pacta sunt servanda“ v. Reformbedarf	215
2. Versuch einer Bewältigung	216
a) Institutionskreative Wirkung des teleologischen Elementes.....	216
b) Grundsatz der systemischen Integration	217
c) Grundsatz von Treu und Glauben	220
D. Stellungnahme	221
Schluss	222
Literaturverzeichnis.....	223

Abkürzungsverzeichnis

ADR	Alternative Dispute Resolution
AF	Additional Facility
AJIL	American Journal of International Law
Art.	Artikel
ASIL Proc.	American Society of International Law, Proceedings
AVR	Archiv des Völkerrechts
AYIL	Asian Yearbook of International Law
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BIT	Bilateral Investment Treaty
BYIL	British Year Book of International Law
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
Charta	Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten
Corp.	Corporation
d. h.	das heißt
Dok.	Dokument
DSB	Dispute Settlement Body
DSU	Dispute Settlement Understanding
Ed.; ed.	Editor, Edition
Eds.; eds.	Editors
EG	Europäische Gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EJIL	European Journal of International Law
EMRGH	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EPIL	Rudolf Bernhardt (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Ex. Dir. Rep.	Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States
f., ff.	folgend, fortfolgend
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FTC	Free Trade Commission
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GV	Generalversammlung
GYIL	German Yearbook of International Law
Hrsg.	Herausgeber
HYIL	Hague Yearbook of International Law
ICJ	International Court of Justice
ICJ Rep.	International Court of Justice Reports

ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICSID Rep.	International Centre for Settlement of Investment Disputes Reports
ICSID Review/FILJ	Foreign Investment Law Journal
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILA	International Law Association
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i.V.m.	In Verbindung mit
Jg.	Jahrgang
JuS	Juristische Schulung
JWI	Journal of World Investment
JWIT	Journal of World Investment & Trade
JZ	Juristenzeitung
LPICT	Law and Practice of International Courts and Tribunals
MFN	Most Favoured Nation
NAFTA	North American Free Trade Agreement
No.	Number
NILR	Netherlands International Law Review
Nr.	Nummer
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law
NYUELJ	New York University Environmental Law Journal
NYLJ	New York Law Journal
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
RdC	Recueil des Cours de l' Académie de droit international de la Haye
Res.	Resolution
Rev.	Review
Rep.	Reports
RIIA	Reports of International Arbitral Awards
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
TDM	Transnational Dispute Management
TELC	Transnational Economic Law Research Center
TRIMS	Trade-Related Investment Measures
TRIPS	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
Üb.	Übereinkommen
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission for International Trade
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
U.S.	United States
v.	versus
Vgl.	Vergleiche
VJIL	Virginia Journal of International Law
VJTL	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Vol.	Volume

WTO	World Trade Organization
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
YBILC	Yearbook of the International Law Commission
YBUN	Yearbook of the United Nations
YCA	Yearbook of Commercial Arbitration
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZP	Zusatzprotokoll
ZvglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Einleitung

Als erster Gesetzgeber Europas gilt der mythische Zaleukos aus der ehemaligen griechischen Stadt Lokroi Epizephyrioi an der Südwestspitze Italiens.¹ Er fixierte Mitte des siebten Jahrhunderts vor Christus deshalb schriftliche Gesetze, um dadurch unter anderem die widersprüchliche Rechtsprechung zu vereinheitlichen und den willkürlichen richterlichen Auslegungen ein Ende zu machen.² Darüber hinausgehend legte er auch in seiner eigenen Gesetzgebung besonderen Wert auf die einheitliche Auslegung der Gesetze. Es wird berichtet, dass die Vertreter unterschiedlicher Auslegungen einer geltenden Norm ihre jeweilige Auffassung vor der Versammlung der „Tausend“ mit der Schlinge um den Hals zu verteidigen hatten.³ Derjenige, dessen Auslegung nicht dem eigentlichen Willen des Gesetzgebers entsprach, wurde dann erdrosselt.⁴ Dies konnte auch der hohe Magistrat der Polis sein, dessen regelmäßige Aufgabe auch in der Interpretation der Gesetze in strittigen Fällen bestanden haben dürfte.⁵ Mit anderen Worten war auch seine Entscheidung anfechtbar.⁶ Die Tatsache, dass diese Gesetze durch eine übermäßige Strenge geprägt waren, vermag nichts daran zu ändern, dass bereits vor etwa siebenundzwanzig Jahrhunderten die Sicherung der Homogenität der Rechtsprechung einen Bestandteil der Gesetzgebung von Zaleukos bildete, eine Sicherung, die den tatsächlichen Bedürfnissen der Zeit entsprach.⁷

Die Frage der Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung wurde auch in dem Diskussionspapier des Sekretariats des Internationalen Zentrums zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) aus dem Jahre 2004 über mögliche Reformen im Rahmen des ICSID-Systems angedeutet. Obwohl nach Ansicht des Sekretariats signifikante Dissonanzen kein allgemeines Merkmal der gegenwärtigen ICSID-Rechtsprechung sind,⁸ schlug es die Schaffung einer ICSID-Berufungsinstanz vor, um die Kohärenz und die Konsistenz des ICSID-Fallrechtes zu fördern. Denn sowohl das ständig wachsende Fallrecht als auch die auf der Grundlage von Investitionsschutzabkommen einzurichtenden und nicht

¹ Hans Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004, S. 9, Rn. 17.

² Kurt von Fritz, Zaleukos, in: Konrat Ziegler (Hrsg.), Paulys Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft, 2. Reihe, 18. Halbband, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1967, S. 2298 (2299); Franz Dorotheus Gerlach, Zaleukos. Charondas. Pythagoras. Zur Kulturgeschichte von Großgriechenland, Bahmaier's Buchhandlung, Basel, 1858, S. 54.

³ Karl-Joachim Hölkeskamp, Schiedsrichter, Gesetzgeber und Gesetzgebung im Archaischen Griechenland, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1999, S. 196.

⁴ Ebenda, S. 196.

⁵ Ebenda, S. 196.

⁶ Ebenda, S. 196.

⁷ Vgl. Stefan Link, Die Gesetzgebung des Zaleukos im epizephyrischen Lokroi, Klio Vol. 74 (1992), S. 11 (21-22); Gerlach (Fn. 2), S. 54.

⁸ ICSID Sekretariat, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, Discussion Paper, 22.10.2004, S. 15 Rn. 21, abrufbar unter <http://www.worldbank.org/icsid/highlights/improve-arb.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

institutionalisierten Ad-hoc-Berufungsmechanismen ließen die Möglichkeit für die Entstehung von Inkonsistenzen in der Rechtsprechung offen.⁹ Die Debatte über die Schaffung einer ICSID-Berufungsinstanz wurde in dem Arbeitspapier des ICSID-Sekretariats von 2005 nicht fortgesetzt, weil der Versuch, ein solches Gremium im Rahmen des ICSID-Systems zu gründen, verfrüht sei.¹⁰ Mittlerweile sind jedoch erhebliche Dissonanzen in der Rechtsprechung der ICSID-Schiedsgerichte entstanden.

Unterliegt das durch die ICSID-Tribunale anzuwendende Recht verschiedenen Rechtsordnungen, deren Mannigfaltigkeit Diskrepanzen in der ICSID-Rechtsprechung rechtfertigen kann? Sind im ICSID-Schiedsgerichtssystem Mechanismen vorgesehen, welche die Entwicklung einer heterogenen Judikatur vermeiden können? Sind die ICSID-Schiedsgerichte für diese Brüche in der Rechtsprechung zu kritisieren? Ist das richterliche Ansehen in Gefahr? Erweist sich letzten Endes die ICSID-Judikatur als so heterogen, dass das ICSID-System in der Tat einer Berufungsinstanz bedarf? Hierauf soll im folgenden eingegangen werden.

Die vorliegende Arbeit ist in vier thematische Einheiten bzw. Teile gegliedert:

Der erste Teil bietet eine Einführung in das System des Schutzes ausländischer Privatinvestitionen innerhalb des durch die Weltbank errichteten ICSID-Schiedsgerichtssystems. Besondere Berücksichtigung findet dabei die Absicherung ausländischer Investitionen durch die völkerrechtlichen Investitionsschutzabkommen.

Im zweiten Teil wird zunächst die Frage der Anwendbarkeit des Völkerrechts im ICSID-Schiedsgerichtssystem behandelt, und darauf basierend wird untersucht, inwiefern die bestehenden Mechanismen des ICSID-Systems eine einheitliche Rechtsprechung gewährleisten können.

Gegenstand des dritten Teils ist die Prüfung der Homogenität der ICSID-Rechtsprechung anhand von fünf Themenblöcken. Den Maßstab der Homogenitätsprüfung werden die in der Wiener Vertragsrechtskonvention von 1969 verankerten Auslegungsregeln bilden. Da die völkerrechtlichen Auslegungsregeln die Interpretation von völkerrechtlichen Verträgen betreffen, soll von diesem methodologischen Vorgehen dann abgewichen werden, wenn die Homogenitätsprüfung auf völkergewohnheitsrechtliche Fragen gerichtet wird. Zunächst wird also erörtert, wie die ICSID-Tribunale den Kernbegriff des ICSID-Übereinkommens, nämlich den der „Investition“, interpretiert haben. Danach wird diskutiert, inwiefern ein ausländischer Investor mittels Meistbegünstigungsklauseln von günstigeren Verfahrensvorschriften anderer

⁹ Ebenda, S. 15, Rn. 22.

¹⁰ ICSID Secretariat, Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations Working Paper, 12.05.2005, S. 4, Rn. 4: „it would have been premature to attempt to establish such an ICSID mechanism at this stage“, abrufbar unter <http://worldbank.int/icsid/highlights/052405-sgmanual.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

Investitionsschutzabkommen profitieren kann. Im Anschluss hieran soll auf das Verhältnis zwischen Investitionsschutzabkommen und Investitionsverträgen eingegangen werden. Es wird dementsprechend die Einheitlichkeit der ICSID-Judikatur in Bezug auf die Frage, ob weite Streitschlichtungsvorschriften und sogenannte Regenschirmklauseln die Zuständigkeit der ICSID-Schiedsgerichte für reine Verletzungen von Investitionsverträgen begründen können, untersucht. Es muss in diesem Kontext angemerkt werden, dass die Thematik der parallelen Rechtsanhängigkeit von vertraglichen Ansprüchen bei nationalen und internationalen Fora nicht behandelt wird, denn dies würde eine über den hier festgesetzten interpretatorischen Prüfungsmaßstab hinausgehende Analyse voraussetzen. Ferner fokussiert sich die Arbeit auf die Frage des völkergewohnheitsrechtlichen Entschädigungsstandards bei rechtmäßigen Enteignungen sowie auf die am Beispiel des Umweltschutzes zu prüfende methodologische Herangehensweise der ICSID-Tribunale für die Markierung der Grenze zwischen entschädigungspflichtiger indirekter Enteignung und entschädigungslos hinzunehmender staatlicher Regulierung. Abschließend wird die Einheitlichkeit der ICSID-Rechtsprechung im Hinblick auf die Frage des völkervertraglichen und völkergewohnheitsrechtlichen Notstandes untersucht.

Die Homogenitätsprüfung erfolgt nach dem folgenden Muster: Nach einer kurzen Einführung in den jeweiligen Themenblock werden die ICSID-Schiedssprüche in chronologischer Reihenfolge vorgestellt und anschließend interpretatorisch bewertet. Beim Abschluss jeder Prüfungsthematik findet eine entsprechende Gesamtbewertung der durch die ICSID-Tribunale vorgenommenen Interpretationen statt. Darauf basierend wird im Ergebnis das Homogenitätsniveau der gesamten hier zu behandelnden ICSID-Judikatur gewürdigt. Klarzustellen ist, dass die vorliegende Arbeit keine dogmatische Analyse enthält, sondern sich auf die grundlegenden interpretatorisch-methodologischen Widersprüche in der ICSID-Rechtsprechung beschränkt. Es muss letztlich auch die Tatsache unterstrichen werden, dass die hier selektiv dargelegten Schiedssprüche nur einen geringeren Teil des sich stetig vermehrenden ICSID-Fallrechts und der darin aufgeworfenen Fragen repräsentieren.

Der vierte und letzte Teil der Arbeit enthält Ansätze für die Festigung einer harmonischen Rechtsprechung im ICSID-Schiedsgerichtssystem. Dabei wird das von dem ICSID-Sekretariat vorgeschlagene Model einer etwaigen ICSID-Berufungsinstanz mitberücksichtigt.

Erster Teil: Der Schutz ausländischer Privatinvestitionen durch die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit

I. Die Bedeutung der Auslandsinvestitionen

Ausländische Privatinvestitionen sind heute neben dem Außenhandel mit Gütern und Dienstleistungen ein essenzielles Element der zunehmenden Vernetzung der Märkte und gelten als ein wichtiges Instrument der wirtschaftlichen Entwicklung von Staaten.¹¹ Sie fördern weiterhin die Kooperation und Partnerschaft sowohl zwischen Ländern als auch zwischen privaten Akteuren und Ländern.

Die stetig steigende Liberalisierung des Welthandels und der Anstieg der Transaktionen auf den Finanzmärkten nach dem Ende des Kalten Krieges haben zu einer Öffnung der nationalen Märkte für Auslandsinvestoren geführt. Die in den meisten Entwicklungsländern noch in den siebziger Jahren herrschende Einstellung, dass ausländische Privatinvestitionen eine Form des Kolonialismus darstellten, wurde durch eine investitionsfreundliche Politik ersetzt, da durch eine solche das erforderliche Kapital zum Aufbau eines stabilen funktions- und wettbewerbsfähigen Staates aufgebracht werden kann.¹² Ausländische Investitionen werden somit als ein Mittel zur Steigerung des Lebensstandards, zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Stärkung des Steueraufkommens im Inland angesehen.¹³ Im Jahre 2005 haben die privaten Kapitalflüsse in die Entwicklungsländer die Schwelle von 491 Milliarden U.S. Dollar erreicht.¹⁴ Der Seniorvizepräsident der Weltbank hat sich dazu, wie folgt, geäußert:¹⁵

„These increased capital flows reflected greater confidence in the economic prospects of several developing countries. Countries are benefiting from improved global market conditions and investment climates, while closer global financial integration is posing difficult challenges to policymakers in both developed and developing countries to sustain economic growth and financial stability.“

¹¹ Vgl. Christian Tietje, Die Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten, in: Thilo Marauhn (Hrsg.), Streitbeilegung in den Internationalen Wirtschaftsbeziehungen, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, S. 47 (49).

¹² Christoph Schreuer, in: Hanspeter Neuhold/Waldemar Hummer/Christoph Schreuer (Hrsg.), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Bd. 1, 4. Auflage, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2004, S. 490, Rn. 2608-2609.

¹³ Unabhängig von jeglicher Unterscheidung zwischen Entwicklungs- und Industrieländern spricht man in diesem Kontext von dem sogenannten „Wettbewerb der Staaten“ um Investitionen. Darunter versteht man den Wettstreit der Staaten, ausländische Investitionen ins Inland zu lenken. Dahinter steckt die Überzeugung, dass die ausländischen Investitionen positive Auswirkungen im Inland haben. Dazu ausführlicher Lüder Gerken, Der Wettbewerb der Staaten, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, S. 16-20.

¹⁴ World Bank, Global Development Finance 2006 (Vol. I. Analysis and Outlook): The Development Potential of Surging Capital Flows, Washington D.C., June 2006, S. 1.

¹⁵ François Bourguignon, Chief Economist and Senior Vice President of the World Bank, abrufbar unter <http://econ.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTDECPROSPECTS/EXTGDF/EXTGDF2006/0,.menuPK:2344945~pagePK:64167702~piPK:64167676~theSitePK:2344908,00.html> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

Für die nächsten Jahre wird weiterhin eine weltweite Zunahme der Kapitalflüsse erwartet.¹⁶

Als Medium einer mittel- oder langfristigen Betätigung setzt die private Auslandsinvestition das Engagement in dem weniger bekannten Umfeld eines anderen Landes, nämlich des Gaststaates, voraus, dessen Traditionen, Rechtssystem sowie Staats- und Verwaltungsstruktur ganz unterschiedlich von denjenigen des Heimatstaates des Investors sein können.¹⁷ Die größte Gefahr für die Investoren besteht allerdings dann, wenn der Gaststaat in das Investitionsvorhaben eingreift. Eine derartige Situation beschreibt die Stellungnahme des bolivianischen Präsidenten Evo Morales zu Beginn des vierten Gipfeltreffens der Staats- und Regierungschefs Lateinamerikas und der Karibik und aus den Mitgliedstaaten der EU am 12. Mai 2006 in Wien sehr plastisch. Die ausländischen Firmen, die in Bolivien Erdöl und Erdgas fördern, hätten bislang „illegal“ gearbeitet, die mit ihnen abgeschlossenen Verträge seien „verfassungswidrig“ gewesen, und den Unternehmen würden nach der Verstaatlichung der Erdöl- und Erdgasförderung auch keine Entschädigungen zuerkannt, sagte Morales.¹⁸ Es stellt sich nun die Frage, ob und welche Rechtsschutzmöglichkeiten einem ausländischen Investor im Falle eines Konflikts zwischen ihm und dem Gaststaat offen stehen.

II. Der Schutz von Auslandsinvestitionen außerhalb des ICSID-Systems

Investitionen unterliegen grundsätzlich dem Recht des Landes, in dem sie getätigt werden.¹⁹

Somit gelten für die Auslandsinvestitionen zunächst die allgemeinen Vorschriften des

¹⁶ United Nations, World Investment Report 2005: Transnational Corporations and the Internationalization of R&D, New York and Geneva, 2005, S. 31.

¹⁷ Norbert Horn, Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means, in: Norbert Horn (Ed.), Arbitrating Foreign Investment Disputes, Kluwer Law International, The Hague, 2004, S. 3 (7). Zu Risiken der Auslandsinvestitionen ausführlich M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, 2nd Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004, S. 75-87.

¹⁸ Josef Oehrlein, EU-Lateinamerika-Gipfel, F.A.Z. (12.05.2006), S. 4.

¹⁹ Ulrich Häde, Der völkerrechtliche Schutz von Direktinvestitionen im Ausland, AVR Bd. 35 (1997), S. 181 (183). Im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, wo das Gemeinschaftsrecht Anwendungsvorrang gegenüber dem innerstaatlichen Recht der EG-Mitgliedstaaten genießt, gilt dies allerdings nicht. Denn die Investitionen unterliegen dem Schutzbereich des dritten Titels des EGV (Die Freizügigkeit, der freie Dienstleistungs- und Kapitalverkehr) und insbesondere dem des Art. 56 EGV, der die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs sichert. Dem Wortlaut von Art. 56 (1) EGV nach sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs „zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.“ Dies führt zu der Implikation, dass Drittstaatsangehörige sich auf diese Freiheit berufen können, zumal sie seit dem 01.01.1994 durch den Vertrag von Amsterdam unmittelbare Anwendbarkeit genießt. Der Wortlaut dieser Vorschrift spricht weiterhin dafür, dass die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit losgelöst von Personen besteht und es demzufolge für den Geltungsbereich der Freiheiten auch nicht auf die Eigenschaft als Gebietsansässiger oder Gebietsfremder ankommt. Somit genießt die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 56 I EGV einen universellen räumlichen Anwendungsbereich, solange ein territorialer Bezug zum Hoheitsgebiet der EG-Mitgliedstaaten besteht. Die Tatsache, dass durch die Judikatur des EuGH in den Jahren 2006 und 2007 das sehr weitgehende Verbot der Einschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit mithilfe der Dienstleistungs- sowie der Niederlassungsfreiheit zu Gunsten der staatlichen Souveränität eingeschränkt wurde, vermag nichts daran zu ändern, dass in Fallkonstellationen, die an sich unter den Schutzbereich von Art. 56 EGV fallen, auch Drittstaatler weitgehend geschützt werden, was die Folge der Erga-omnes-Wirkung der den Investitionsschutz

Gaststaates. Oftmals finden sich im Recht vieler Länder speziellere Regelungen für Auslandsinvestitionen, welche von den allgemeinen Vorschriften zu Gunsten oder auch zu Ungunsten des ausländischen Investors Abweichungen vorsehen.²⁰ In einer erheblichen Anzahl von Fällen schließt ferner der Investor mit dem Gaststaat selbst oder mit dessen Gebietskörperschaften sowie staatlichen Stellen Verträge zum Schutz eines bestimmten Investitionsvorhabens, die sogenannten Investitionsverträge („state contracts“), ab. Im Falle eines Konflikts zwischen ihm und dem Gaststaat kann sich zunächst der Investor an die Gerichte des letzteren wenden. Allerdings haben Investoren oft wenig Vertrauen in die Objektivität der Gerichte des Gaststaates.²¹ Zusätzlich sind diese an die Gesetze ihres Staates gebunden. Wenn also der Gaststaat Gesetze erlässt, die für die Investition schädlich sind, kann der Investor von den örtlichen Gerichten kaum Hilfe erwarten.²² Die Stellungnahme des bolivianischen Präsidenten zeigt, dass das gleiche Problem bei vertraglichen Zusagen des Gaststaates bestehen kann, wenn der Investitionsvertrag dem Recht des Gaststaates unterliegt. Insofern ist das vertragliche Versprechen eines Staates soviel wert wie seine Vertragstreue.²³

Auf völkerrechtlicher Ebene erfolgt der materiellrechtliche Schutz von Auslandsinvestitionen durch das gewohnheitsrechtliche Fremdenrecht, auf dessen Basis sich der völkerrechtliche Menschenrechtsschutz entwickelt hat,²⁴ und insbesondere durch die auf die Entziehung von Vermögenswerten anwendbaren Regeln.²⁵ Unter dem Begriff Fremdenrecht versteht man die Regelungen über die Rechtsstellung von Ausländern, also von Personen, die nicht die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltstaates besitzen. Danach muss die Behandlung von Ausländern gewissen Mindestanforderungen (Mindeststandards) genügen, unter die ihre

betreffenden Kapitalverkehrsfreiheit im Sinne des EGV ist. Dazu siehe etwa Riyaz Dattu, A Journey from Havana to Paris: The Fifty-Year Quest for the Elusive Multilateral Agreement on Investment, *Fordham International Law Journal* Vol. 24 (2000), S. 275 (306); Jürgen Bröhmer, Artikel 56 EGV, in Christian Callies/Matthias Ruffert, *EUV/EGV*, 3. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2007, S. 867, Rn. 6; Christoph Ohler, Anmerkung zu EuGH, U. v. 03.10.2006 - Rs. C-452/04 - (Zulässige Versagung der Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Kreditvergabe; Fidium Finanz AG ./ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht), *EuZW* (2006), S. 691 (692); Angelika Dölker/Martin Ribbrock, Die Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten: - nunmehr gefestigte EuGH-Rechtsprechung? *BB* (2007), S. 1928 (1929 ff.).

²⁰ Häde, ebenda, S. 183.

²¹ Schreuer (Fn. 12), S. 499, Rn. 2662.

²² Schreuer (Fn. 12), S. 499, Rn. 2662.

²³ Matthias Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 5. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2005, S. 213, Rn. 1.

²⁴ Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum, *Völkerrecht*, Bd. I/2, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2002, S. 105.

²⁵ Rudolf Dolzer, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 3. Auflage, 2004, Walter de Gruyter, Berlin (u.a.), 2004, S. 483, Rn. 42. Einen Überblick zu den Schutzmöglichkeiten des privaten Eigentums auf völkerrechtlicher Ebene bietet Christoph Ohler, Der Schutz privaten Eigentums als Grundlage der internationalen Wirtschaftsordnung, *JZ* Jg. 61 (2006), S. 875 (878-883).

Rechtsstellung nicht absinken darf.²⁶ Somit kann sich ein Staat im Falle einer Misshandlung von Ausländern nicht darauf berufen, dass er seine eigenen Staatsangehörigen nicht besser behandelt.²⁷ Der Umfang und der Inhalt des fremdenrechtlichen Mindeststandards ist allerdings schwer zu bestimmen. Einen etwas präziseren Charakter haben die Regelungen, die das Eigentum der Ausländer schützen. Demnach darf ein Staat nur unter bestimmten Voraussetzungen Vermögenswerte von Ausländern entziehen. Eine Eigentumsentziehung²⁸ ist danach nur dann zulässig, wenn sie einem öffentlichen Zweck dient, keinen diskriminierenden Charakter hat und mit einer Entschädigung verbunden ist.²⁹

Die klassische Methode der Geltendmachung einer Verletzung von Eigentumsrechten auf völkerrechtlicher Ebene ist die Ausübung diplomatischen Schutzes. Darunter versteht man den Schutz von natürlichen und juristischen Personen durch deren Heimatstaat gegen völkerrechtswidrige Handlungen (Tun oder Unterlassen) einer fremden Hoheitsgewalt.³⁰ Somit kann sich der Heimatstaat gegen eine Verletzung des völkergewohnheitsrechtlichen Mindeststandards oder besonderer völkerrechtlicher vertraglicher Verpflichtungen durch den Aufenthaltsstaat wenden. Ohne eine umfassende Definition der Institution des „diplomatischen Schutzes“ anbieten zu beabsichtigen,³¹ beschreibt der nach Ansicht des Internationalen Gerichtshofs geltendes Völkergewohnheitsrecht reflektierende³² Artikel 1 des Entwurfs der Völkerrechtskommission (ILC) zum diplomatischen Schutz von 2006 als solchen.³³

²⁶ Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 24), S. 115.

²⁷ Dem fremdenrechtlichen Mindeststandard steht die gegen Ende des 19. Jahrhunderts von dem argentinischen Diplomaten und Völkerrechtler Carlos Calvo entwickelte Lehre der Inländergleichbehandlung („Calvo-Doktrin“), wonach die Staaten Ausländern den gleichen Schutz wie den eigenen Staatsangehörigen zu gewähren haben, entgegen. Die Calvo-Doktrin hat sich jedoch nicht durchsetzen können. Vgl. dazu mit weiteren Hinweisen auf die Rechtslehre und die gerichtliche sowie schiedsgerichtliche Judikatur Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 24), S. 115 Fußnote 4. Zur Entstehung der Calvo-Doktrin siehe Hans-Joachim Hallier, Drago-Doktrin, in: Hans-Jürgen Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts (Hrsg.), Bd. I, Walter de Gruyter, Berlin, 1960, S. 398 f.

²⁸ Es handelt sich um einen Oberbegriff. Darunter versteht man Nationalisierungs- oder Enteignungsmaßnahmen. Während die Enteignung sich auf eine Einzelmaßnahme beschränkt, erfasst die Nationalisierung ganze Industriezweige, Branchen oder anderweitig charakterisierte Unternehmensgruppen. Dazu Christian Gloria, in: Knut Ipsen, Völkerrecht, 5. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2004, S. 761, Rn. 16.

²⁹ Gloria, ebenda, S. 761, Rn. 17. Dazu unten: Dritter Teil, II, D, 1.

³⁰ Volker Epping/Christian Gloria, in: Ipsen (Fn. 28), S. 337, Rn. 31.

³¹ Report of the International Law Commission, 58. Session, Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, Article 1, S. 22, Rn. 1, abrufbar unter

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf (zuletzt besucht am 13.09.2007).

³² Ahmadou Sadio Diallo, (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objection, 24.05.2007, Rn. 39, abrufbar unter <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13856.pdf?PHPSESSID=b852377fd78f2c8d108953ac1ddbcb7e> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

³³ Von der Völkerrechtskommission verabschiedet auf ihrer 58. Tagung am 08.08.2006; von der Generalversammlung zur Kenntnis genommen mit Resolution 61/35 vom 04.12.2006 (Hervorgehoben vom Verfasser).

„[T]he invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility.“

Rechtsfolge der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit eines Staates bzw. des Gaststaates ist dessen Verpflichtung, Wiedergutmachung für den durch die völkerrechtswidrige Handlung verursachten Schaden zu leisten.³⁴ Diplomatischer Schutz ist also das durch den Heimatstaat der verletzten juristischen oder natürlichen Person initiierte Verfahren, wonach dieser Person Schutz gewährt und wodurch Wiedergutmachung für die zugefügte völkerrechtswidrige Handlung verlangt wird.³⁵

Diese Rechtsschutzmöglichkeit hat aber für den Investor schwere Nachteile. Denn die Ausübung diplomatischen Schutzes vor internationalen gerichtlichen und schiedsgerichtlichen Gremien, was unter die Formulierung „other means of peaceful settlement“ der obigen Definition subsumierbar ist,³⁶ setzt die Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe voraus.³⁷ Dies kann enorme Kosten mit sich bringen und langwierig sein. Weiterhin stellt der diplomatische Schutz ein eigenes Recht der Staaten dar, dessen Ausübung dem Ermessen des jeweiligen Heimatstaates unterliegt.³⁸ Selbst wenn der Schutz gewährt wird, verliert der Investor daher die Kontrolle über das Verfahren.³⁹ Außerdem kann die Ausübung diplomatischen Schutzes als ein unfreundlicher Akt gegen den Gaststaat angesehen werden und die Beziehungen zwischen ihm und dem Heimatstaat des Investors belasten. Dadurch entfaltet eine Investitionsstreitigkeit politischen Charakter. Unter diesen Umständen besteht immer die Gefahr, dass dem Investor aus faktischen oder politischen Gründen die Möglichkeit der Behandlung seiner Streitigkeit durch ein neutrales internationales Gericht verwehrt wird.⁴⁰

Die Nachteile der Ausübung diplomatischen Schutzes für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten können jedoch durch den Weg der internationalen

³⁴ Artikel 34 ff. der ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit von 2001, abgedruckt in: Christian Tomuschat, Völkerrecht, 2. Auflage, Baden-Baden, 2004, Nr. 9. Von der Völkerrechtskommission verabschiedet auf ihrer 53. Tagung am 26.07.2001; von der Generalversammlung zur Kenntnis genommen mit Resolution 56/83 vom 12.12.2001.

³⁵ ILC-Artikelentwurf zum diplomatischen Schutz und Kommentar (Fn. 31), S. 24, Rn. 2.

³⁶ ILC-Artikelentwurf zum diplomatischen Schutz und Kommentar (Fn. 31), S. 27, Rn. 8.

³⁷ Wilhelm Geck, Diplomatic Protection, EPIL Vol. I (1992), S. 1045 (1056).

³⁸ Barcelona Traction, Light and Power Company, (Belgium v. Spain), Judgment, 05.02.1970, ICJ Rep. 1970, S. 3 (44-46).

³⁹ Schreuer (Fn. 12), S. 499, Rn. 2665.

⁴⁰ Aron Broches, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (1972), in: Aron Broches, Selected Essays: World Bank, ICSID and Other Subjects of Public International and Private International Law, Martinus Nijhoff, Dordrecht (u.a.), 1995, S. (188) 194.

Schiedsgerichtsbarkeit zwischen einem Investor und dem Gaststaat überwunden werden, ein Verfahren, welches mit einer bindenden Entscheidung endet und in der Regel weniger kostspielig und zeitraubend ist.⁴¹ Hier wird der Investor, anders als im Falle des diplomatischen Schutzes, an dem Beilegungsprozess direkt beteiligt. Im Rahmen der sogenannten Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit sind allerdings Art und Weise der Wahl der Richter sowie das anzuwendende Verfahrensrecht durch die Parteien, also durch den jeweiligen Gaststaat und Investor, einvernehmlich zu bestimmen. Somit hängt der ganze Prozess von der Kooperationsbereitschaft der Beteiligten ab.⁴² Das heißt unter anderem, dass das Schiedsverfahren verschleppt werden kann, falls eine der Parteien nicht vor dem Schiedsgericht erscheint oder beide Parteien sich nicht auf die Anzahl der Schiedsrichter einigen können. Außerdem ergibt sich selbst dann, wenn ein Schiedsverfahren abgeschlossen werden kann oder im Rahmen eines institutionalisierten Schiedssystems stattfindet, wo das anzuwendende Verfahrensrecht vorgegeben ist und der Prozess durch eine Institution verwaltet wird,⁴³ das Problem der Vollstreckung des Schiedsspruchs, die den nationalen Rechtsordnungen oder anderen völkerrechtlichen Verträgen überlassen ist.⁴⁴ Letzten Endes wird der besondere entwicklungsfördernde Charakter der Investitionen nicht berücksichtigt, wenn Investitionsstreitigkeiten prozessual wie die übrigen wirtschaftliche Transaktionen betreffenden Streitigkeiten bzw. handelsbezogenen Streitigkeiten behandelt werden.

Des weiteren ist auch das Streitbeilegungsverfahren der auf dem Konzept der Entwicklungs- und Wohlfahrtsförderung beruhenden⁴⁵ und in beschränktem Umfang investitionsbezogene Regelungen als solche enthaltenen Welthandelsorganisation⁴⁶ (WTO) nicht imstande, dem ausländischen Investor einen effektiven Rechtsschutz gegenüber investitionsbeeinträchtigenden Maßnahmen des Gaststaates zur Verfügung zu stellen, da die WTO-Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten („Dispute Settlement Understanding“/DSU) dem Einzelnen keinen direkten Zugang zur Streitschlichtung gewährt. Dem klassischen staatenorientierten Völkerrechtsverständnis entsprechend sind im Welthandelsrechtssystem nur WTO-Mitglieder, also Staaten oder gesonderte Zollgebiete wie die EG, ermächtigt, ein Streitbeilegungsverfahren gegen ein

⁴¹ Schreuer (Fn. 12), S. 499, Rn. 2665; Mosche Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*, Martinus Nijhoff, Dordrecht (u.a.), 1993, S. 11 ff.

⁴² United Nations, *Dispute Settlement: Investor-State*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/30, New York and Geneva, 2003, S. 14.

⁴³ Vgl. Julian Lew/Loukas Mistelis/Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague (u.a.), 2003, S. 36-37.

⁴⁴ Jörg Pirrung, *Die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1972, S. 19.

⁴⁵ Siehe den ersten Abschnitt der Präambel des WTO-Übereinkommens vom 15.04.1994 sowie den zweiten Abschnitt der Präambel des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens vom 30.10.1947 (GATT 1947).

⁴⁶ Dazu unten: Vierter Teil, II, C, 2, b).

WTO-Mitglied einzuleiten.⁴⁷ Eingriffe in die Rechtspositionen Einzelner können somit nicht unmittelbar von dieser selbst, sondern nur indirekt durch ihre Heimatstaaten im Wege des diplomatischen Schutzes geltend gemacht werden, so dass man davon ausgehen kann, dass das WTO-Streitbeilegungsverfahren als institutionalisierte Form der Ausübung diplomatischen Schutzes zu bezeichnen ist.⁴⁸ Dem Einzelnen sind innerhalb der Welthandelsordnung allenfalls nur indirekte Einflussnahmemöglichkeiten auf die Einleitung eines Streitbeilegungsverfahrens oder mittelbare Beteiligungsmöglichkeiten an einem laufenden Verfahren eingeräumt.⁴⁹ Weiterhin lehnen sowohl die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften als auch die Judikatur der jeweils für den konkreten Streitfall neu gebildeten WTO-Panels eine unmittelbare Anwendbarkeit der materiellen Rechte der Welthandelsordnung konstituierenden Übereinkommen ab.⁵⁰ Andererseits vermehren sich die Stimmen in der Literatur, die dem Welthandelsrecht eine unmittelbare Anwendbarkeit zuerkennen, welche dessen unmittelbare Geltendmachung seitens des Einzelnen vor dem EuG bzw. dem EuGH ermöglichen würde, und darüber hinausgehend eine Reform des Welthandelssystems zum Zwecke der Einführung eines Klagerechts Einzelner gegenüber den souveränen Staaten verlangen.⁵¹

Die einzige internationale Institution, welche die Bedeutung der Auslandsinvestitionen für die wirtschaftliche Entwicklung der Länder an das Bedürfnis nach einem neutralen und effektiven Rechtsschutz bei Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Investoren gekoppelt hat, ist das ICSID-Zentrum, also das Internationale Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten.⁵²

III. Das ICSID-System

A. Entstehungsgeschichte

⁴⁷ Art. 1(1) DSU vom 15.04.1994 i.V.m. Art. XI(1) und XII(1) des WTO-Übereinkommens;

⁴⁸ August Reinisch, Können Verletzungen von WTO-Recht durch einzelne Betroffene geltend gemacht werden? *ecolx* (2000), S. 912 (913).

⁴⁹ Dazu ausführlich Saskia Hörmann/Ilka Neugärtner, in: Meinhard Hilf/Stefan Oeter, *WTO-Recht, Nomos*, Baden-Baden, 2005, S. 543-551; Thomas Schoenbaum, *WTO Dispute Settlement: Praise and Suggestions for Reform*, *ICLQ* Vol. 47 (1998), S. 647 (653-655).

⁵⁰ Hermann Ali Hinderer, *Rechtsschutz von Unternehmen in der WTO*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2004, S. 356-357; Hörmann/Neugärtner, ebenda, S. 552-554.

⁵¹ Dazu ausführlich Hinderer, ebenda, S. 133 ff. und insbesondere S. 158-160 sowie S. 357-375 und 375-416; Schoenbaum (Fn. 49), S. 655-658; Michael Laidhold, *Private Party Access to the WTO: Do Recent Developments in International Trade Dispute Resolution Really Give Private Organizations a Voice in the WTO?*, *The Transnational Lawyer* Vol. 12 (1999), S. 427 (449-450); Reinisch (Fn. 48), S. 917 sowie S. 913, Fn. 12.

⁵² Vgl. Michael Reisman, *Control Mechanisms in International Dispute Resolution*, *United States-Mexico Law Journal* Vol. 2 (1994), S. 129 (131-132).

In den fünfziger und sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts wurde die Weltbank mehrmals als Schlichter und Vermittler für Investitionsstreitigkeiten zwischen privaten Investoren und Staaten, die aus Nationalisierungsmaßnahmen der letzteren entstanden, angerufen.⁵³ Diese Vorgehensweise stellte gleichzeitig eine Abweichung von der Hauptaufgabe der Weltbank dar, welche grundsätzlich darin besteht, Kredite für Entwicklungsvorhaben den Ländern zu gewähren, die eine wirtschaftliche Entwicklung verstärkt vorantreiben wollen.⁵⁴ In der Überzeugung, dass die Nationalisierungspolitik ein politisches Risiko darstellt, welches die Kapitalflüsse in die Entwicklungsländer abhalten kann, hielt die Weltbank es ferner für erforderlich, einen Beitrag zur Verbesserung des Investitionsklimas zu leisten. Dies sollte durch die Verringerung der Wahrscheinlichkeit einer Auseinandersetzung zwischen dem Gaststaat und dem Heimatstaat des Investors erfolgen.⁵⁵ Somit beauftragte das Weltbankdirektorium 1964 die damaligen 20 Exekutivdirektoren mit der Ausarbeitung einer Konvention zur Streitbeilegung im Investitionsbereich.⁵⁶ Der Entwurf einer Konvention wurde Ende 1964 in einem Rechtsausschuss beraten, und der endgültige Text des Vertragsentwurfes wurde von den Exekutivdirektoren zusammen mit deren Bericht zum ICSID-Übereinkommen⁵⁷ am 18.03.1965 beschlossen. Das ICSID-Übereinkommen trat am 14.10.1966 nach seiner zwanzigsten Ratifikation in Kraft. Bis heute ist es von 144 Staaten ratifiziert worden.⁵⁸

B. Das ICSID-Zentrum, die ICSID-Schiedsgerichte und die Merkmale der ICSID-Schiedssprüche

Durch das ICSID-Übereinkommen, welches ein völkerrechtlicher Vertrag ist, wurde unter den Auspizien der Weltbank das ICSID-Zentrum gegründet, das eine autonome internationale Institution bildet. Die Weltbank stattet ihrerseits das ICSID-Zentrum mit Räumlichkeiten für die Verwaltung und mit Verfahrens- sowie Konferenzräumen aus.⁵⁹ Das ICSID-Zentrum hat seinen Sitz in Washington D.C. und besteht aus einem Verwaltungsrat, in dem alle

⁵³ Zu einer Analyse des damaligen politischen und wirtschaftlichen Hintergrunds siehe Kathigamar V.S.K. Nathan, *The ICSID Convention*, Juris Publishing, New York, 2000, S. 48-49.

⁵⁴ Nathan, ebenda, S. 49. Vgl. Art. III Abschnitt 1 des Abkommens über die Internationale Bank für Wiederaufbau und Entwicklung (Weltbank).

⁵⁵ Aron Broches (Fn. 40), S. 193.

⁵⁶ Zu der Entstehungsgeschichte ausführlicher Aron Broches, *Development of International Law by the International Bank for Reconstruction and Development*, ASIL Proc. (1965), S. 33 (35 ff.); Pirrung (Fn. 44), S. 22-24; Tietje (Fn. 11), S. 51-52.

⁵⁷ Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Ex. Dir. Rep.), in: *ICSID Convention, Regulation and Rules*, ICSID/15, April 2006, S. 35-49.

⁵⁸ List of Contracting States and Other Signatories of the Convention (Stand: 09.05.2007), abrufbar unter <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

⁵⁹ Burkhard Schöbener/Lars Markert, *Das International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, ZVglRWiss 105 (2006), S. 65 (70).

Vertragsstaaten des ICSID-Übereinkommens vertreten sind, und einem Sekretariat. Die Geschäftsführung des Zentrums obliegt dem Generalsekretär, der traditionell der General Counsel der Weltbank ist. Er ist der gesetzliche Vertreter des Zentrums, amtiert als Kanzler, beurkundet Schiedssprüche und erteilt beglaubigte Abschriften hiervon.⁶⁰ Das Zentrum ist selbst kein Schiedsgericht, sondern hält den organisatorischen Rahmen für die Errichtung und die Betreuung von Schieds-, Vergleichs-⁶¹ und Additional-Facility-Verfahren⁶² bereit.

Die ICSID-Schiedsgerichte ihrerseits sind keine ständigen Institutionen. Sie werden für jeden Fall neu konstituiert. Aufgabe der Schiedsgerichte ist es, das Schiedsverfahren zu leiten und zu einem Spruch zu kommen.⁶³ Die Schiedsgerichte bestehen aus einem Einzelschiedsrichter oder einer ungeraden Anzahl von Schiedsrichtern, die entsprechend der Vereinbarung der Parteien ernannt werden.⁶⁴ Die Schiedsrichter müssen ein hohes sittliches Ansehen sowie eine anerkannte Befähigung auf den Gebieten des Rechts, des Handels, der Industrie oder des Finanzwesens besitzen und jede Gewähr dafür bieten, dass sie ihr Amt unabhängig ausüben werden. Der Befähigung auf dem Gebiet des Rechts kommt eine besondere Bedeutung zu.⁶⁵

Die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit funktioniert unabhängig von der Kooperationsbereitschaft der Parteien. Wenn sich die Streitparteien, nämlich der Staat oder der Investor, nicht über die Anzahl der Schiedsrichter und die Art ihrer Ernennung einigen, so besteht das Gericht aus drei Schiedsrichtern, wobei jede Partei einen Schiedsrichter ernennt und der dritte, der den Vorsitz im Gericht führt, von den Streitparteien gemeinsam benannt werden soll.⁶⁶ Falls eine Partei nicht bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts mitarbeitet, kommt es zu einer Ersatzvornahme durch den Vorsitzenden des Verwaltungsrates.⁶⁷ Die Schiedsgerichte werden in der Regel mit drei Richtern besetzt. Solange es keine gegenseitige Vereinbarung gibt, muss die Mehrheit der Schiedsrichter eine andere Nationalität besitzen als die der Streitparteien.⁶⁸

⁶⁰ Art. 11 ICSID-Üb.

⁶¹ Wegen geringer praktischer Relevanz wird das Vergleichsverfahren nicht näher behandelt. Bis zum 18.11.2005 sind fünf Vergleichsverfahren eingeleitet worden. Dazu ausführlicher Ucheora Onwuamaegbu, *The Role of ADR in Investor-State Dispute Settlement: The ICSID Experience*, News from ICSID, Vol. 22, Nr. 2 (2005), S. 12 (13 f.).

⁶² Dazu unten: Erster Teil, IV, B.

⁶³ Schöbener/Markert (Fn. 59), S. 75.

⁶⁴ Die Schiedsrichter können, müssen aber nicht, aus den von dem Sekretariat nach Art. 12 ff. ICSID-Üb. geführten Verzeichnissen ernannt werden. Dies ist gemäß Art. 40(1) i.V.m. Art. 38 ICSID-Üb. nicht der Fall, wenn sie vom Vorsitzenden des Verwaltungsrates ernannt werden.

⁶⁵ Art. 14(1) ICSID-Üb.

⁶⁶ Art. 37(2)b ICSID-Üb.

⁶⁷ Art. 38 ICSID-Üb.

⁶⁸ Art. 39 ICSID-Üb.

Der ICSID-Schiedsspruch ist nach Art. 53(1) ICSID-Üb. für jede Partei bindend. Aus der Verbindlichkeit des Schiedsspruchs ergibt sich die Verpflichtung, ihn „genau zu befolgen“, es sei denn, die Vollstreckung wird auf Grund des ICSID-Übereinkommens ausgesetzt.⁶⁹ Während Artikel 53 die absolute Verbindlichkeit eines Schiedsspruchs auf völkerrechtlicher Ebene bestimmt, richtet sich Art. 54(1) an alle Vertragsstaaten des ICSID-Übereinkommens. Demnach sind sie verpflichtet, zum einen den Schiedsspruch als bindend anzuerkennen und zum anderen die darin auferlegten wirtschaftlichen Verpflichtungen in ihrem Hoheitsgebiet zu vollstrecken, als handle es sich um ein rechtskräftiges Urteil eines ihrer innerstaatlichen Gerichte. Der Schiedsspruch entfaltet nämlich Res-judicata-Wirkung gegenüber allen nationalen Gerichten und ist, was die finanziellen Verpflichtungen anbelangt, automatisch vollstreckbar.⁷⁰ Einzige Voraussetzung für die Anerkennung und die Vollstreckung ist die Vorlage bei den zuständigen nationalen Gerichten oder den vom jeweiligen Staat dafür bestimmten amtlichen Stellen einer vom ICSID-Generalsekretär beglaubigten Abschrift des Schiedsspruchs. Anders als im Falle der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit beziehungsweise der Nicht-ICSID-Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, wonach ein Schiedsspruch neben den Gerichten des Vollstreckungsstaates auch durch die Gerichte des Landes, in dem der Schiedsspruch erlassen wurde, überprüft werden kann,⁷¹ unterliegen die ICSID-Schiedssprüche nach Art. 53 ICSID-Üb. keiner Berufung sowie keinen anderen Rechtsmitteln als denen, die im Übereinkommen vorgesehen sind. Dieser Satz schildert den abschließenden wie den an sich geschlossenen Charakter des ICSID-Überprüfungssystems und reflektiert den Grundsatz der Endgültigkeit/Finalität der ICSID-Schiedssprüche.⁷² Somit ist ein Rückgriff auf nationale oder andere als die vorgesehenen Kontrollmechanismen ausgeschlossen. Die Rolle der nationalen Gerichte besteht allenfalls darin, dass sie die Anerkennung und Vollstreckung der Schiedssprüche fördern, indem sie beispielsweise die Echtheit der vom Generalsekretär beglaubigten Abschrift nachprüfen.⁷³

⁶⁹ Art. 53(1)S.2 ICSID-Üb.; Ex. Dir. Rep., Rn. 42.

⁷⁰ Vgl. Lucy Reed/Jan Paulsson/Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, S. 106; Broches (Fn. 40), S. 235.

⁷¹ Zur gerichtlichen Überprüfung im Rahmen der Nicht-ICSID-Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ausführlich Noah Rubins, *Judicial Review of Investment Arbitration Awards*, in: Todd Weiler (Ed.), *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, Transnational Publishers, New York, 2004, S. 359 ff.

⁷² Andrea Giardina, *ICSID: A Self-Contained, Non-National Review System*, in: Richard Lillich/Charles Brower (Ed.), *International Arbitration in the 21ST Century: Towards “Judicialization” and Uniformity?*, Transnational Publishers, New York, 1994, S. 199 (201-203); Reed/Paulsson/Blackaby (Fn. 70), S. 97-98.

⁷³ Ibrahim Shihata, *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA*, *ICSID Review/FILJ* Vol. 1 (1986), S. 1 (8). Eine Abweichung von der Vollstreckungspflicht kann sich allerdings gemäß Art. 55 aus dem Prinzip der staatlichen Vollstreckungsimmunität ergeben. Zur Vollstreckungsimmunität im Rahmen des ICSID-Üb. siehe Torsten Lörcher, *ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit*, *SchiedsVZ* (2005), S. 11 (20-21). Zu aktuellen Vollstreckungsproblemen der ICSID-Schiedssprüche ausführlich Edward Baldwin/Mark

Gemäß Art. 48(5) kann das Zentrum nur mit der Zustimmung der Parteien einen Schiedsspruch veröffentlichen. Die ergänzte ICSID-Schiedsordnung in der Fassung vom 10.04.2006 sieht allerdings eine obligatorische Veröffentlichung von Auszügen der rechtlichen Ausführungen der ICSID-Tribunale vor.⁷⁴ Anders als im Falle der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, welche durch die Vertraulichkeit der Schiedssprüche gekennzeichnet ist, sind heute die rechtlichen Ausführungen der ICSID-Schiedsgerichte auch ohne eine entsprechende Zustimmung der Streitparteien der Öffentlichkeit zugänglich. Dadurch soll die Legitimität der ICSID-Schiedssprüche verstärkt und die Entwicklung eines einheitlichen ICSID-Fallrechts gewährleistet werden.⁷⁵

C. Das Ziel des ICSID-Systems

Das Ziel des ICSID-Zentrums ist es, Investitionsstreitigkeiten zwischen Vertragsstaaten und Angehörigen anderer Vertragsstaaten nach Maßgabe des ICSID-Übereinkommens beizulegen.⁷⁶ Dies hat eine Entpolitisierung⁷⁷ der Investitionsstreitigkeiten zur Folge, da zunächst jede Art von Beteiligung des Heimatstaats des Investors an dem Verfahren beziehungsweise die Ausübung diplomatischen Schutzes ausgeschlossen wird,⁷⁸ und spiegelt die zunehmende Anerkennung der Völkerrechtssubjektivität des Individuums wider.⁷⁹ Durch die Entnationalisierung des Beilegungsverfahrens wird zugleich der Investor vor etwaiger Willkür und subjektiven Erwägungen der Gerichte des Gaststaates geschützt.⁸⁰ Andererseits besteht das Ziel des ICSID-Übereinkommens vor allem darin, zur wirtschaftlichen Entwicklung durch die Förderung von Auslandsinvestitionen beizutragen.⁸¹ Das gesamte ICSID-System beruht somit auf einem ökonomischen Ziel, das mittels neutraler Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zu verwirklichen ist.⁸² Die rechtsökonomische Neutralität des

Kantor/Michael Nolan, Limits to Enforcement of ICSID Awards, Journal of International Arbitration, Vol. 23 (2006), S. 1 (5 ff.).

⁷⁴ Art. 48(4) der ICSID-Schiedsordnung lautet: „The Centre shall not publish the award without the consent of the parties. The Centre shall, however, promptly include in its publications excerpts of the legal reasoning of the Tribunal.“ (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁷⁵ Vgl. Andrew De Lotbiniere McDougall/Ank Santens, ICSID Amends its Arbitration Rules, International Arbitration Law Review, Vol. 9 (2006), S. 119 (120).

⁷⁶ Art. 1(2) ICSID-Üb.

⁷⁷ Shihata (Fn. 73), S. 4.

⁷⁸ Artikel 27 des ICSID-Üb. schließt die Ausübung diplomatischen Schutzes ausdrücklich aus. Nur im Falle des Nichtbefolgens des Schiedsspruchs seitens des Gaststaates lebt die Möglichkeit der Ausübung diplomatischen Schutzes wieder auf.

⁷⁹ Aron Broches, Settlement of Investment Disputes (1963), in: Selected Essays (Fn. 40), S. 161 (163).

⁸⁰ Vgl. Reed/Paulsson/Blackaby (Fn. 70), S. 3.

⁸¹ Vgl. den ersten Absatz der Präambel des ICSID-Üb.; Shihata (Fn. 73), S. 4.

⁸² Vgl. etwa Ex. Dir. Rep., Rn. 9-13.

ICSID-Systems wurde im Jahre 1983 durch das ICSID-Schiedsgericht im Falle Amco wie folgt geschildert:⁸³

„[T]he Convention is aimed to protect, to the same extent and with the same vigour the investor and the host-state, not forgetting that to protect investments is to protect the general interest of development and of developing countries.“

Ideologische Grundlage des ganzen ICSID-Systems ist folgerichtig die Förderung der Investitionen durch die „Rule of Law“.⁸⁴

D. Die Zuständigkeit des ICSID-Zentrums

Artikel 25 des ICSID-Übereinkommens bestimmt die Zuständigkeit des ICSID-Zentrums. Der Terminus „Zuständigkeit“ (im Englischen: „jurisdiction“) beschreibt die Grenzen, innerhalb deren das ICSID-Zentrum, welches ein Verwaltungskörper ist, tätig werden kann.⁸⁵ Die deutsche inoffizielle Version des ICSID-Übereinkommens verwendet in Art. 41 nochmals das Wort „Zuständigkeit“, das aber an die ICSID-Schiedsgerichte anknüpft. In der englischen Fassung der ICSID-Konvention ist allerdings in Art. 41 die Rede von „Kompetenz“ der ICSID-Schiedsgerichte („competence“). In der Praxis ist diese Unterscheidung von geringer Bedeutung, da die Schiedsgerichte parallel zu ihrer Kompetenz die Zuständigkeit des Zentrums prüfen.⁸⁶ Beide Begriffe werden oftmals abwechselnd verwendet.⁸⁷ Falls ferner eine Streitigkeit offensichtlich nicht in die Zuständigkeit des ICSID-Zentrums fällt, kann der Generalsekretär des ICSID-Zentrums gemäß Art. 36(3) ICSID-Üb. die Registrierung des Antrages auf Einleitung eines Schiedsverfahrens im Rahmen seiner sogenannten „screening powers“, welche ein Vorprüfungsrecht administrativer Natur bezeichnen, ablehnen.⁸⁸

Für die Erfüllung der Zuständigkeitsvoraussetzungen des Art. 25 *ratione materiae* muss es sich um eine rechtliche Streitigkeit handeln, die unmittelbar mit einer Investition zusammenhängt. Obwohl der Begriff „Investition“ die Kernbestimmung des ICSID-Übereinkommens ist, enthält das Übereinkommen keine diesbezügliche Definition. Die rechtliche Konkretisierung dieser zentralen Zuständigkeitsvoraussetzung erfolgt über die Judikatur der ICSID-Schiedsgerichte.

⁸³ Amco Asia Corp. v. Republic of Indonesia, Award on Jurisdiction, 25.09.1983, ILM Vol. 23 (1984), S. 351 (369), Rn. 23.

⁸⁴ Vgl. Broches (Fn. 71), S. 163.

⁸⁵ Ex. Dir. Rep., Rn. 22; Broches (Fn. 40), S. 199.

⁸⁶ Vgl. Schöbener/Markert (Fn. 59), S. 75-76.

⁸⁷ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, S. 538, Rn. 50.

⁸⁸ Dazu ausführlich Stephen Sutton, *Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Spain and the ICSID Secretary-General's Screening Power*, *Arbitration International* Vol. 21 (2005), S. 113 (120 ff.).

Ratione personae muss es sich um eine Streitigkeit zwischen einem Vertragsstaat oder einer von diesem abhängigen Körperschaft oder Stelle, die der Vertragsstaat dem Zentrum benennt, und einem Angehörigen eines anderen Vertragsstaats handeln. Das heißt a contrario, dass Streitigkeiten zwischen Privaten oder zwischen Staaten ausgeschlossen sind. Bei dem ausländischen privaten Investor kann es sich um eine natürliche⁸⁹ oder juristische Person handeln. Da viele Staaten bei Auslandsinvestitionen verlangen, dass diese in der Rechtsform einer innerstaatlichen Gesellschaft durchgeführt werden, und damit ein internationales Investitionsschutzverfahren ausgeschlossen wäre, enthält das ICSID-Übereinkommen in Art. 25(2)b die sogenannte „foreign control“-Klausel, wonach Gaststaat und Investor übereinkommen können, dass eine solche inländische Investitionsgesellschaft als ausländische juristische Person angesehen wird.⁹⁰

Die Zuständigkeit des Zentrums hängt weiterhin von der Einwilligung der Parteien ab. Anders als im Falle der obligatorischen Gerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte oder des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften fußt die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit auf dem völkerrechtlichen Grundsatz der gegenseitigen Einwilligung, also der Einigung der Streitparteien, die als „cornerstone of the jurisdiction of the Centre“ bezeichnet wird.⁹¹ Allein die Ratifizierung, welche an sich den Willen eines Staates reflektiert, von dem ICSID-Mechanismus Gebrauch zu machen,⁹² bedeutet nicht die Verpflichtung dieses Staates, eine bestimmte Streitigkeit ohne seine Zustimmung der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen.⁹³ Haben die Streitparteien ihre Einwilligung gegeben, so kann gemäß Art. 25(1)S.2 keine von ihnen sie einseitig zurücknehmen. Diese Bestimmung ist für die Effektivität des ICSID-Systems unentbehrlich.⁹⁴ Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang, dass ein Vertragsstaat nach Art. 25(4) bei der Ratifikation, der Annahme oder der Genehmigung der Konvention oder zu jedem späteren Zeitpunkt dem Zentrum mitteilen kann, welche Arten von Streitigkeiten er der Zuständigkeit des Zentrums zu unterwerfen beabsichtigt und welche nicht. Obwohl auch diese Vorschrift den nicht obligatorischen Charakter der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit aufzeigt,⁹⁵ kann Art. 25(4) die Reichweite der Einwilligung nicht einschränken.⁹⁶ Es handelt sich nämlich um eine

⁸⁹ Art. 25(2)a ICSID-Üb.

⁹⁰ Tietje (Fn. 11), S. 54.

⁹¹ Vgl. den vorletzten Absatz der Präambel des ICSID-Üb.; Ex. Dir. Rep., Rn. 23.

⁹² Georges Delaume, ICSID Arbitration: Practical Considerations, Journal of International Arbitration, Vol. 1 (1984), S. 101 (104).

⁹³ Siehe den letzten Absatz der Präambel des ICSID-Üb.

⁹⁴ Shihata (Fn. 73), S. 7.

⁹⁵ Shihata (Fn. 73), S. 5.

⁹⁶ Schreuer (Fn. 87), S. 344, Rn. 630.

Bestimmung informativer Natur,⁹⁷ welche aber als Interpretationshilfsmittel für die Auslegung einer unklaren Einwilligung herangezogen werden kann.⁹⁸

Die Einigung der Streitparteien unterliegt gemäß Art. 25(1) nur einer formellen Voraussetzung. Die Parteien müssen danach schriftlich eingewilligt haben. Ansonsten kann die Form der Abgabe der gegenseitigen Einwilligung variieren. Sie kann in einer Ad-hoc-Vereinbarung der Streitparteien für den Einzelfall, nämlich in einem „compromis“, niedergelegt oder in einer Schiedsklausel eines spezifischen Investitionsvertrages verankert sein.⁹⁹ Die ersten Investitionsstreitigkeiten, die vor ICSID-Schiedsgerichte gebracht worden sind, sind durch das Vorliegen eines derartigen vertraglichen Rahmens gekennzeichnet.¹⁰⁰ Die Einwilligung in die Zuständigkeit des ICSID-Zentrums kann aber auch antizipiert erklärt werden. Dies geschieht, wenn ein Staat einseitig in seiner nationalen Investitionsgesetzgebung oder in einem völkerrechtlichen Investitionsschutzabkommen,¹⁰¹ das heißt in einem Abkommen zwischen Staaten zum Schutze der privaten Auslandsinvestitionen, seine Einwilligung erklärt. Diese Art von Einwilligung wird als „advanced consent“ bezeichnet. In diesem Falle kann der aus einem anderen Staat stammende Investor die Einwilligung dieses Staates konkludent annehmen und dadurch das Erfordernis der Einigung der Streitparteien erfüllen, indem er die Einleitung eines Schiedsverfahrens beantragt.¹⁰² Diese Möglichkeit des Investors, einseitig ein Schiedsverfahren gegen einen Staat einleiten zu können, ohne eine besondere vertragliche Rechtsbeziehung mit diesem Staat haben zu müssen, ist als „Arbitration without Privity“ charakterisiert worden und hat die ICSID-Rechtsprechung explodieren lassen.¹⁰³

E. Explosion der ICSID-Rechtsprechung und „Arbitration without Privity“

Das ICSID-Zentrum führte lange Zeit ein „Schattendasein“ im internationalen System. Obwohl das ICSID-Übereinkommen 1966 in Kraft trat, wurde der erste Antrag auf Einleitung eines Schiedsverfahrens erst 1972 registriert.¹⁰⁴ Von 1966 bis 1993 kam es zu insgesamt 27

⁹⁷ Ex. Dir. Rep., Rn. 31.

⁹⁸ Schreuer (Fn. 87), S. 344, Rn. 632.

⁹⁹ Georges Delaume, Consent to ICSID Arbitration, in: Joseph Norton (Ed.) (u.a.), *The Changing World of International Law in the Twenty-First Century: A Tribute to the Late Kenneth R. Simmonds*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, S. (155) 156.

¹⁰⁰ Delaume, ebenda, S. 156.

¹⁰¹ Dazu unten: Erster Teil, IV.

¹⁰² Alfred Escher, Weltbank-Schiedszentrum: Zuständigkeit für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten, RIW (2001), S. 20 (23); Schreuer (Fn. 87), S. 206, Rn. 276 und S. 218, Rn. 302.

¹⁰³ Jan Paulsson, Arbitration without Privity, ICSID Review/FILJ Vol. 10 (1995), S. 232 (232 ff.).

¹⁰⁴ Holiday Inns S.A. and others v. Morocco (nicht veröffentlichter Schiedsspruch). Für eine Darstellung des Verfahrens siehe Pierre Lalive, „The First ‘World Bank’ Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems“, BYIL Vol. 51 (1982), S. 123 ff.

Verfahren.¹⁰⁵ Der Durchschnitt betrug nämlich ein Verfahren pro Jahr. 1997 war das erste Jahr, in dem mehr als fünf Verfahren registriert wurden.¹⁰⁶ Dies sollte sich in den nächsten Jahren „endgültig und allseits“ ändern. Ende 2004 waren insgesamt 85 Verfahren anhängig. Im Jahre 2005 sind 27 neue Verfahren registriert worden.¹⁰⁷ Bis zum Ende des Jahres 2006 waren insgesamt 222 Verfahren unter der Aufsicht des Zentrums.¹⁰⁸ Schon vor diesem tatsächlichen Hintergrund zeigt sich die Bedeutung, welche heute der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit zukommt. Im Klartext: Das ICSID-System zählt heute zu einer der weltweit führenden Institutionen der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit.¹⁰⁹

Während das Mittel, das zu der Explosion der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit geführt hat, die antizipierte Einwilligung der staatlichen Partei ist, darf und muss freilich die Frage gestellt werden, auf welche der zur Verfügung stehenden Quellen der antizipierten Einwilligung, nämlich nationale Gesetzgebung¹¹⁰ und zwischenstaatliche Investitionsschutzabkommen, diese Explosion zurückzuführen ist. Man sollte daher einige Grunddaten in Erinnerung rufen.¹¹¹ Im Jahre 1984 ist der erste solche Fall auf der Basis nationaler Gesetzgebung registriert worden. Das für ein Investitionsschutzabkommen korrespondierende Datum ist 1987.¹¹² Weiterhin waren im April 2000 von insgesamt 30 anhängigen Verfahren 23 auf der Basis von Investitionsschutzabkommen vor die ICSID-Tribunale gebracht worden.¹¹³ Demgegenüber wurde in demselben Jahr nur ein Verfahren auf der Grundlage nationaler Gesetzgebung anhängig gemacht. Letztendlich ging es in 24 von insgesamt 27 Anträgen auf Einleitung eines Verfahrens im Jahre 2005 um Einwilligungen, die in Investitionsschutzabkommen enthalten waren.¹¹⁴ In diesem Kontext wurde mit literarischem Anklang angemerkt:¹¹⁵

„During the first 30 years of its existence, ICSID was somewhat of a 'Sleeping Beauty', with an average of one or two cases being registered each year. It is with the widespread development of bilateral and multilateral treaties that the activities of ICSID have awakened.“

¹⁰⁵ Tietje (Fn. 11), S. 53.

¹⁰⁶ Stanimir Alexandrov, The “Baby Boom” of Treaty-based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as “Investors” and Jurisdiction Ratione Temporis, LPICT Vol. 4 (2005), S. 19 (20).

¹⁰⁷ Alexandrov, ebenda, S. 20.

¹⁰⁸ News from ICSID Vol. 23, Nr. 2 (2006), S. 2.

¹⁰⁹ Escher (Fn. 102), S. (21); Tietje (Fn. 11), S. 53.

¹¹⁰ Vgl. Ex. Dir. Rep., Rn. 24.

¹¹¹ Für eine graphische Darstellung der Entwicklung der ICSID-Judikatur siehe Hugo Perezcano, Investment Protection Agreements, Should a multilateral Approach be Reconsidered?, JWIL Vol. 4 (2003), S. 929 (930-932).

¹¹² Antonio Parra, ICSID and Bilateral Investment Treaties, News from ICSID. Vol. 17, Nr. 1 (2000), S. 7.

¹¹³ Parra, ebenda, S. 7.

¹¹⁴ News from ICSID, Vol. 22, Nr. 2 (2005), S. 2 i.V.m. News from ICSID, Vol. 22, Nr. 1 (2005), S. 2.

¹¹⁵ Eloise Obadia, ICSID, Investment Treaties and Arbitration: Current and Emerging Issues, News from ICSID Vol. 18, Nr. 2 (2001). S. 4.

Somit stellt sich hier die Frage, weshalb die Investitionsschutzabkommen allmählich das primäre rechtliche Instrument geworden sind, das die antizipierte Einwilligung eines Staates zu einer ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit enthält.

IV. Schutz von Auslandsinvestitionen durch Investitionsschutzabkommen

A. Bilaterale Investitionsschutzabkommen

Es steht fest, dass auf völkerrechtlicher Ebene die ausländischen Investitionen zunächst durch die für das Eigentum geltenden Mindeststandards geschützt werden. Dieser Schutz ist jedoch nicht imstande, einen detaillierten und stabilen Rahmen für die an sich komplexen Investitionsvorhaben zu garantieren.¹¹⁶ Es wurde daher versucht, eine ergänzende Absicherung auf vertraglicher Basis anzustreben. Dies ist zunächst durch den Abschluss von zwischenstaatlichen bilateralen oder multilateralen Freundschafts-, Handels- und Niederlassungsverträgen geschehen, die sich aus den Handelsverträgen europäischer Staaten im Mittelalter entwickelten.¹¹⁷ Diese Verträge enthielten oftmals Bestimmungen über die Gleichbehandlung mit Inländern, darüber hinaus einen Schutz, der unabhängig von der Behandlung von Inländern sein sollte, und ließen die Eigentumsentziehung eines Ausländers nur zum allgemeinen Wohl und gegen gerechte Entschädigung zu.¹¹⁸ Sie richteten sich jedoch in erster Linie auf die Förderung des zwischenstaatlichen Handels und verfügten weiterhin nicht über die zum Schutze der Auslandsinvestitionen notwendige Detailschärfe.¹¹⁹ Ferner entsprachen sie nicht den nach dem Zweiten Weltkrieg neuen politischen Gegebenheiten.¹²⁰

Was das vertragliche Verhältnis zwischen dem Investor und dem Gaststaat anbelangt, wurde Ende der vierziger Jahre versucht, durch die Aufnahme von sogenannten Stabilisierungsklauseln in die Investitionsverträge das Investitionsvorhaben gegen einseitige Änderungen vertraglicher Ansprüche durch den Gaststaat zu schützen, indem solche Klauseln das nationale Recht im Hinblick auf das spezielle Vertragsverhältnis für einen bestimmten

¹¹⁶ Hans Wehberg, Investition, in: Hans-Jürgen Schlochauer (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. II, Walter de Gruyter, Berlin, 1961, S. 149 (149).

¹¹⁷ Michael Banz, Völkerrechtlicher Eigentumsschutz durch Investitionsschutzabkommen, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, S. 19; Ruprecht von Keller, Handelsverträge, in: Hans-Jürgen Schlochauer (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. I, Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 1960, S. 765 ff.

¹¹⁸ Von Keller, ebenda, S. 766-767.

¹¹⁹ Dolzer (Fn. 25), S. 486, Rn. 48.

¹²⁰ Dazu ausführlicher Rudolf Dolzer/Margrete Stevens, Bilateral Investments Treaties, Martinus Nijhoff, The Hague, 1995, S. 10-12; Banz (Fn. 117), S. 19-23. Der Versuch der Vereinigten Staaten von Amerika, diese Verträge an die neuen Gegebenheiten anzupassen, war erfolglos. Vgl. dazu Jeswald Salacuse, BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries, International Lawyer, Vol. 24 (1990), S. 655 (657).

Zeitraum einfrieren bzw. stabilisieren.¹²¹ Dennoch kann sich der Staat als Gesetzgeber durch Änderung seines Rechtes von der Bindung als Partei des Investitionsvertrages befreien, wenn der Investitionsvertrag seinem Recht unterstellt ist.¹²² Diese Klauseln können daher Wirksamkeit als Beschränkung der staatlichen Regelungsgewalt nur dann entfalten, wenn sie eine völkerrechtliche Verpflichtung des Gaststaates etablieren.¹²³ Demzufolge werden sie in der Regel von „Internationalisierungsklauseln“ begleitet. Danach werden in die Investitionsverträge Rechtswahlklauseln eingeführt, welche neben dem Recht des Gaststaates auf das Völkerrecht oder auf allgemeine Völkerrechtsgrundsätze verweisen, sowie Schiedsklauseln, wonach Streitigkeiten zwischen der staatlichen Partei und dem privaten Investor durch ein internationales Schiedsgericht beizulegen sind.¹²⁴ Allerdings bleibt wiederum der gebotene Schutz beschränkt. Denn die Reichweite der durch diese Klauseln gegen Hoheitsakte der staatlichen Vertragspartei gewährten Sicherung sowie die Frage der rechtlichen Einordnung der „internationalisierten Investitionsverträge“ sind in der Literatur und vor allem in der schiedsgerichtlichen Rechtsprechung äußerst umstritten.¹²⁵

Die ausländischen Investoren wären folgerichtig nur dann sicher, dass ihre Investitionen in effektiver Weise durch das Völkerrecht gegen legislative oder andere hoheitliche Maßnahmen des Gaststaates abgesichert werden, wenn das Versprechen des Gaststaates zum Schutze ihrer Investitionen in einem Dokument niedergelegt wäre, das ausschließlich die Investitionen betrifft und dessen völkerrechtliche Qualität nicht in Frage steht.¹²⁶ Dieses Bedürfnis hat zur Entstehung der zwischenstaatlichen bilateralen Investitionsschutzabkommen (BITs) geführt.¹²⁷

Die BITs sind heute das wichtigste Instrument für die Absicherung von Auslandsinvestitionen. Sie beabsichtigen grundsätzlich nicht, einen spezifischen Investitionsvertrag zu sichern,¹²⁸ sondern sie gelten für eine abstrakte Anzahl von Investoren aus den das Abkommen abschließenden Staaten gegenüber dem jeweils anderen Staat. Ihre Hauptaufgabe besteht einerseits darin, die ausländischen Investitionen durch die Schaffung

¹²¹ Stefan Riesenfeld, *Foreign Investments*, EPIL Vol. II (1995), S. 435 (437); Häde (Fn. 19), S. 190.

¹²² Ignaz Seidl-Hohenveldern, in: Neuhold/Hummer/Schreuer (Fn. 12), S. 253, Rn. 1310.

¹²³ Herdegen (Fn. 23), S. 213, Rn. 2.

¹²⁴ United Nations, *State Contracts*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/2004/11, New York and Geneva, 2004, S. 26.

¹²⁵ Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff, Dordrecht (u.a.), 1991, S. 307-311; Herdegen (Fn. 23), S. 214-215; A.F.M. Maniruzzaman, *State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies*, EJIL Vol. 12 (2001), S. 309 ff.

¹²⁶ Vgl. etwa den ICSID-Schiedsspruch *Antoine Goetz v. The Republic of Burundi*, Award, 17.02.1999, YCA Vol. XXVI (2001), S. 24 (29), Rn. 13-14.

¹²⁷ Vgl. auch Thomas Franck, *Fairness in the International Legal and Institutional System - General Course on Public International Law*, RdC Vol. 240 (1993), S. 9 (452): „The essence of these treaties is the transformation of a relationship from one of disequilibrium (private investor/sovereign) to equilibrium (sovereign/sovereign).“

¹²⁸ United Nations, *State Contracts* (Fn. 124), S. 6.

von materiellen Standards und effektiven Durchsetzungsmechanismen auf der Ebene des Völkerrechts zu schützen.¹²⁹ Andererseits zielen sie darauf ab, durch die Förderung der Investitionen die Summe der ausländischen Kapitalflüsse in die den Vertrag abschließenden Staaten zu erhöhen und dadurch die wirtschaftliche Entwicklung eines Staates vorwärtszubringen.¹³⁰ Der Abschluss eines Investitionsschutzabkommens entfaltet zugleich eine Signalfunktion, indem er die Investitionsgesellschaft darauf aufmerksam macht, dass ein Staat willens ist, Investitionen willkommen zu heißen und zu begünstigen.¹³¹ Die Tatsache, dass in den Präambelvorschriften der BITs typischerweise die Rede ist von dem „Bestreben, günstige Bedingungen für Investitionen von Investoren auf dem Gebiete der anderen Vertragspartei zu schaffen“ oder in vergleichbarer Weise die Schutzbedürftigkeit der Investitionen und der Investoren unterstrichen wird, heißt allerdings nicht, dass die in der Präambel der BITs niedergelegte Zielsetzung zu einer investorfrendlichen Auslegung des Investitionsschutzabkommens führen muss.¹³² Mit anderen Worten bezwecken die BITs nicht, zu garantieren, dass die ausländischen Investoren keine Verluste erleiden werden, sondern dass sie und ihre Investitionen in gerechter Weise zu behandeln sind.¹³³

Das erste Investitionsschutzabkommen wurde am 25.11.1959 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan abgeschlossen und trat nach drei Jahren in Kraft.¹³⁴ Bis September 1994 sind mehr als 700 bilaterale Investitionsschutzabkommen vereinbart worden,¹³⁵ deren Anzahl sich zum Jahre 2004 verdreifacht hat.¹³⁶ Die zahlreichen BITs schaffen ein rechtliches Netzwerk unterschiedlicher Dichte. Ihre Form und ihr Inhalt können je nach Prioritäten und Verhandlungsstärke der jeweiligen Vertragsstaaten variieren.¹³⁷ Diese Variationen betreffen

¹²⁹ Salacuse (Fn. 120), S. 661.

¹³⁰ Salacuse (Fn. 120), S. 661; Dolzer/Stevens (Fn. 120), S. 11-12. Theoretisch stehen die beiden Vertragsstaaten eines Investitionsschutzabkommens auf der gleichen Ebene und somit könnten deren Investoren gleichermaßen durch die BITs geschützt werden. Wenn jedoch ein Investitionsschutzabkommen zwischen einem Entwicklungsland und einem Industriestaat abgeschlossen wird, dann sind in der Regel die Investoren des letzteren diejenigen, die ein Schiedsverfahren „without Privity“ einleiten werden. Die meisten BITs sind zwischen Entwicklungs- und Industrieländern vereinbart worden. Mittlerweile bestehen viele Investitionsschutzabkommen sowohl zwischen Entwicklungs- als auch zwischen Industrieländern.

¹³¹ Michael Reisman/Robert Sloan, Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation, BYIL Vol. 74 (2003), S. 115 (116); Dolzer/Stevens (Fn. 120), S. 12.

¹³² Rudolf Dolzer/Felix Bloch, Der rechtliche Schutz ausländischer Investitionen, in: Herbert Kronke/Werner Melis/Anton Schnyder (Hrsg.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, Otto Schmidt, Köln, 2005, S. 1066, Rn. 62.

¹³³ Vaughan Lowe, Regulation or Expropriation?, Current Legal Problems Vol. 55 (2002), S. 447 (450).

¹³⁴ BGBl. II. 1963, S. 793 ff. Die meisten BITs sind gegenwärtig von der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen. Sie hat bisher 135 bilaterale Investitionsschutzabkommen unterschrieben, wobei 112 davon in Kraft getreten sind. Dazu <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1> (Stand: 01.06.2006), (zuletzt besucht am 13.09.2007).

¹³⁵ Dolzer/Stevens (Fn. 120), S. 1.

¹³⁶ Bis Ende 2004 sind ca. 2.392 bilaterale Investitionsschutzabkommen abgeschlossen worden. Dazu United Nations, World Investment Report (Fn. 16), S. 24.

¹³⁷ Bernardo Cremades/David Cairns, Contract and Treaty Claims and the Choice of Forum in Foreign Investment Disputes, in: Horn (Fn. 17), S. (325) 340. Zum Beispiel gewährleisten die durch die Vereinigten

jedoch mehr Einzelheiten als die zugrunde liegenden Prinzipien.¹³⁸ Die bilateralen Investitionsschutzabkommen folgen homogenen Regelungsmustern, in denen oftmals abstrakte Rechtsbegriffe ihren Niederschlag gefunden haben. Ihre gemeinsamen Kernbestimmungen beziehen sich auf den Anwendungsbereich der BITs, die Zulassung sowie die materiellen Schutzstandards der Behandlung von Investitionen und den Kapitaltransfer.¹³⁹ Im Mittelpunkt stehen ferner die Vorschriften für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten. Zu diesen gemeinsamen Kernbestimmungen zählen insbesondere die folgenden Klauseln:

(a). Investition

Im Gegensatz zu dem ICSID-Übereinkommen, dessen Art. 25 den nicht definierten Terminus „Investition“ enthält, sehen fast alle bilateralen Investitionsschutzabkommen eine äußerst weite Definition vor.¹⁴⁰ Zum Beispiel umfasst der Begriff Kapitalanlage, nämlich Investition, nach Art. 1 des deutschen Mustervertrages von 2003 (im Englischen: „Model-BIT“) Vermögenswerte jeder Art, insbesondere:¹⁴¹

- a. „Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen sowie sonstige dingliche Rechte wie Hypotheken und Pfandrechte;
- b. Anteilsrechte an Gesellschaften und andere Arten von Beteiligungen in Gesellschaften;
- c. Ansprüche auf Geld, das verwendet wurde, um einen wirtschaftlichen Wert zu schaffen, oder Ansprüche auf Leistungen, die einen wirtschaftlichen Wert haben;
- d. Rechte des geistigen Eigentums, wie insbesondere Urheberrechte, Patente, Gebrauchsmuster, gewerbliche Muster und Modelle, Marken, Handelsnamen, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, technische Verfahren, Know-how und Goodwill;
- e. öffentlich-rechtliche Konzessionen einschließlich Aufsuchungs- und Gewinnungskonzessionen;“

Durch diese umfassenden Definitionen bezwecken die staatlichen Parteien der BITs, so viele wirtschaftliche Transaktionen wie möglich in den Schutzbereich der BITs einzubeziehen.

(b). Inländergleichbehandlung („national treatment“) und Meistbegünstigungsklausel („most-favoured-nation clause“)

Staaten ausgehandelten BITs ein überdurchschnittliches Schutzniveau. Dazu Jeswald Salacuse, Towards a Global Treaty on Foreign Investment: The Search for a Global Bargain, in: Horn (Fn. 17), S. 51 (70).

¹³⁸ Perezcano (Fn. 111), S. 935.

¹³⁹ Dolzer/Bloch (Fn. 132), S. 1066 ff.

¹⁴⁰ Eine abschließende Auflistung enthält allerdings Art. 1139 des Nordamerikanischen Freihandelsabkommens (NAFTA-Abkommen). Zu den verschiedenen Definitionen des Terminus „Investition“ ausführlich Noah Rubins, The Notion of „Investment“ in International Investment Arbitration, in: Horn (Fn. 17), S. 283 (292-296).

¹⁴¹ Abgedruckt in: Dolzer/Bloch (Fn. 132), S. 1096 ff. (Stand: 2003).

Durch die Inländergleichbehandlung wird ein Staat verpflichtet, den ausländischen Investor nicht weniger günstig zu behandeln als seine eigenen Staatsangehörigen. Diese Klausel bezweckt, den ausländischen Investor vor einem wettbewerblichen Nachteil gegenüber inländischen Investoren zu schützen.¹⁴² Oftmals wird diese Klausel mit der sogenannten Meistbegünstigungsklausel kombiniert. Danach wird dem Investor die beste Behandlung zuteil, welche auch den Angehörigen irgendeines dritten Staates eingeräumt wird.¹⁴³ Die Meistbegünstigungsklausel bezweckt somit, den ausländischen Investor vor einem wettbewerblichen Nachteil gegenüber Investoren aus dritten Staaten zu schützen.¹⁴⁴ Es ist jedoch bislang ungeklärt, ob eine solche Klausel nur auf materiellrechtliche oder auch auf verfahrensrechtliche bzw. zuständigkeitsbezogene Vorschriften Anwendung findet.

(c). Regenschirmklausel („umbrella clause“)

Da ein Gaststaat durch hoheitliches Handeln von der Bindung eines Investitionsvertrages, den er mit einem ausländischen Investor abschließt, befreit werden kann, wenn der Vertrag seinem innerstaatlichen Recht unterstellt ist, werden oftmals sogenannte Regenschirmklauseln in die Investitionsschutzabkommen aufgenommen, welche eine zusätzliche Sicherung des Investitionsvertrages zu garantieren bezwecken.¹⁴⁵ Das heißt, dass die Essenz solcher Klauseln mit der in den Investitionsverträgen normierten Stabilisierungsklauseln vergleichbar ist.¹⁴⁶ Allerdings erfolgt die zusätzliche Sicherung des Investitionsvertrages im Falle einer Regenschirmklausel nicht über das innerstaatliche Recht des Gaststaates, sondern über das Völkerrecht. Denn durch eine solche Klausel übernehmen die ein BIT vereinbarenden Staaten eine völkerrechtliche Verpflichtung, ihre vertraglichen Zusagen gegenüber dem Investor einzuhalten.¹⁴⁷ Somit werden die Rechte des Investors, die sich aus

¹⁴² Cremades/Cairns (Fn. 137), S. 340.

¹⁴³ Schreuer (Fn. 12), S. 495, Rn. 2642.

¹⁴⁴ Cremades/Cairns (Fn. 137), S. 341. Man sollte allerdings nicht übersehen, dass die vor Diskriminierung schützende und den Wettbewerb fördernde Funktion der MFN-Klausel im Zusammenspiel mit dem Wettbewerbsrecht des Aufnahmestaates steht. Denn mangels effektiver Wettbewerbspolitik seitens des Aufnahmestaates könnte der erste ausländische Investor, der in den Gaststaat eintritt, eine monopolistische Stellung erlangen. Bei einer solchen Konstellation wäre eine MFN-Klausel nachfolgenden Konkurrenten, die dieses Monopol zu brechen versuchen, schwerlich behilflich. Ähnliches gilt auch für den Fall, dass das Wettbewerbsrecht des Gaststaates einen fairen Wettbewerb zwischen ausländischen Investoren untereinander nicht garantiert. Dazu United Nations, Most-Favoured-Nation-Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/10(Vol. III), New York and Geneva, 1999, S. 33.

¹⁴⁵ Anthony Sinclair, The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection, Arbitration International, Vol. 20 (2004), S. 411 (415 ff.).

¹⁴⁶ Thomas Wälde, The “Umbrella” (or Sanctity of Contract/Pacta sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases, TDM Vol. 1 (October 2004), S. 28.

¹⁴⁷ Vgl. etwa Emmanuel Gaillard, Treaty-Based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses, NYLJ (6.10.2005), S. 1 (3), abrufbar unter http://www.shearman.com/files/Publication/d84b9ca3-c09f-4804-9e40-0a820efde356/Presentation/PublicationAttachment/58128653-f0bc-4ff8-82d3-0dc2302e3643/IA_100605.pdf (zuletzt besucht am 13.09.2007).

den vom nationalen Recht beherrschten Investitionsverträgen ergeben, auch auf der übergeordneten Ebene des Völkerrechts vor Eingriffen des Gaststaates geschützt.¹⁴⁸ Uneinigkeit besteht allerdings darin, ob mittels der Regenschirmklausel jedwede Verletzung des Investitionsvertrags zugleich eine Verletzung des Investitionsschutzabkommens darstellt.

(d). Gerechte und billige Behandlung („fair and equitable treatment“) und Genuss von vollem Schutz und voller Sicherheit („full protection and security“)

Die Verpflichtung eines Staates, Investoren und Investitionen „gerecht und billig“ zu behandeln, befindet sich in fast jedem Investitionsschutzabkommen und wird oftmals mit anderen Standards kombiniert. Inhalt und Bedeutung dieser Klausel bleiben ungeklärt. Gemäß der schiedsgerichtlichen Investitionsrechtsprechung umfasst dieser Standard den Schutz der legitimen Erwartungen des Investors und verpflichtet die Behörden des Gaststaates zu transparenten Entscheidungsprozessen sowie zu einer loyalen Kooperation mit dem Investor.¹⁴⁹ Es ist darüber hinaus umstritten, ob es sich um einen autonomen Standard handelt, der über den fremdenrechtlichen Mindeststandard hinausgeht, oder ob die Verpflichtung zur „gerechten und billigen Behandlung“ mit dem fremdenrechtlichen Mindeststandard, wie diesen im Jahre 1926 ein Schiedsgericht im Falle Neer definiert hat,¹⁵⁰ identisch ist.¹⁵¹ Die gleichen Schwierigkeiten entstehen bezüglich der Konkretisierung der Verpflichtung des Gaststaates, dem Investor „vollen Schutz und Sicherheit“ zu garantieren. Eine Verletzung dieses Standards liegt im allgemeinen dann vor, wenn der Gaststaat der ausländischen Investition keine angemessene Sorgfalt gewährt.¹⁵² Dies kann der Fall sein, wenn der Gaststaat keine Präventivmaßnahmen zur Vermeidung einer physischen Beeinträchtigung der Investition ergreift.¹⁵³

(e). Schutz vor Enteignung und Entschädigung

Kernbestimmung des Investitionsschutzes und der Investitionsschutzabkommen ist der Schutz gegen jegliche Eigentumsbeeinträchtigung. Der Begriff Enteignung wird in der Regel weit

¹⁴⁸ Vgl. Dolzer/Stevens (Fn. 120), S. 81-82.

¹⁴⁹ Herdegen (Fn. 23), S. 220, Rn. 15. Dazu ausführlich Rudolf Dolzer, Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties, International Lawyer Vol. 39 (2005), S. 87 (90 ff.).

¹⁵⁰ L.F.H. Neer and Pauline E. Neer v. Mexico vom 15.10.1926, abgedruckt in: AJIL Vol. 21 (1927), S. 555 (556): „[T]he treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency should amount to an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency.“

¹⁵¹ Vgl. Richard Kreindler, Fair and Equitable Treatment – A Comparative International Law Approach, TDM Vol. 3 (June 2006), S. 1 (10 f.); August Reinisch, Introductory Note, From Contested Jurisdiction to Indirect Expropriation and Fair and Equitable Treatment-Developments in ICSID Arbitration in 2004, The Global Community: Yearbook of International Law & Jurisprudence 5 (2005) Vol. II, S. 1653 (1667-1669).

¹⁵² Dolzer/Stevens (Fn. 120), S. 60-61.

¹⁵³ Vgl. Reed/Paulsson/Blackaby (Fn. 70), S. 49.

verstanden und schließt auch enteignungs- bzw. verstaatlichungsgleiche Maßnahmen, nämlich Maßnahmen, die ohne einen formalen Transfer des Eigentums die Eigentumsnutzung rechtlich oder faktisch beschränken, ein.¹⁵⁴ Als solche können je nach den Umständen des Einzelfalles staatliche Regelungen zum Schutze öffentlicher Güter bzw. im Bereich des Umweltschutzes oder zur Stärkung des sozialen Zusammenhalts angesehen werden.¹⁵⁵ Die Höhe der Enteignungsentschädigung entspricht in den meisten Investitionsschutzabkommen dem fairen Marktwert der entzogenen Investition.¹⁵⁶ Abgesehen von dem öffentlichen Zweck und dem nichtdiskriminierenden Charakter einer Eigentumsentziehung kommt in den BITs noch eine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung hinzu, nämlich die Durchführung einer Enteignung im Einklang mit rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien.

(f). Notstandsklausel

Durch die Festsetzung von materiellen Standards wie z. B. „gerechte und billige Behandlung“, „Genuss von vollem Schutz und voller Sicherheit“ und Enteignungsschutz bezwecken die BITs, die Transaktionen, die in ihre meist sehr umfassende Reichweite des Begriffs „Investition“ fallen, vor beeinträchtigenden Handlungen des Gaststaates abzusichern. Eine nicht unwesentliche Anzahl von BITs enthält überdies sogenannte Notstandsklauseln. Diese gestatten dem jeweiligen Gaststaat, unter außergewöhnlichen Umständen die erforderlichen Handlungen für die Wahrung der öffentlichen Ordnung, Gesundheit oder Sicherheit vorzunehmen, welche ansonsten einen Verstoß gegen die in den BITs verankerten Garantien darstellen würden.¹⁵⁷

(g). Streitschlichtung

Abgesehen von den materiellrechtlichen Bestimmungen enthalten die Investitionsschutzabkommen Klauseln über die Beilegung von Streitigkeiten. In Anlehnung an die Freundschafts- und Handelsverträge beinhalten die BITs Streitschlichtungsklauseln, welche die Beilegung von Streitigkeiten zwischen den staatlichen Vertragsparteien über die Auslegung oder Anwendung des BIT betreffen, also sogenannte Staat-Staat-

¹⁵⁴ Dolzer (Fn. 25), S. 483, Rn. 43.

¹⁵⁵ Vgl. etwa Rudolf Dolzer/Felix Bloch, Indirect Expropriation: Conceptual Realignments? International Law Forum de Droit International, Vol. 5 (2003), S. 155 ff.

¹⁵⁶ Für einen Überblick der diesbezüglichen BIT-Praxis und für eine entsprechende rechtsökonomische Analyse siehe Sornarajah (Fn. 17), S. 242-246.

¹⁵⁷ Zu den BIT-Notstandsklauseln ausführlich William Burke-White/Andreas von Staden, Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties, University of Pennsylvania Law School, Scholarship at Penn Law, Paper 152 (April 2007), S. 5-21, abrufbar unter <http://lsr.nellco.org/upenn/wps/papers/152/> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

Streitschlichtungsvorschriften.¹⁵⁸ Die besondere Bedeutung der BITs liegt aber darin, dass sie darüber hinausgehend Schiedsklauseln für die Beilegung von Streitigkeit zwischen dem Gaststaat und dem privaten ausländischen Investor beinhalten, welche die antizipierte Einwilligung des Gaststaates darstellen.¹⁵⁹ Diese verweisen neben der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit auch auf andere internationale Schiedsverfahrenseinrichtungen. In diesem Kontext ist zwischen „weiten“ und „engen“ Streitbeilegungsklauseln zu unterscheiden.¹⁶⁰ Bei den letzteren kann ein ausländischer Investor ein Schiedsverfahren nur wegen Verletzungen des Investitionsschutzabkommens initiieren.¹⁶¹ Die „weiten“ Klauseln beziehen sich ihrerseits auf „Meinungsverschiedenheiten zwischen einem Vertragsstaat und dem Investor des anderen Vertragsstaats“ in abstracto,¹⁶² so dass man sich freilich fragen kann, ob ein internationales Schiedsgericht ohne weiteres zuständig wäre, auch über eine Verletzung eines Investitionsvertrages zu entscheiden.

Neben den Streitschlichtungsklauseln sind nicht selten Vorschriften verankert, welche für die Beilegung einer Streitigkeit durch internationale Schiedsverfahrenseinrichtungen eine vorherige Befassung der nationalen Gerichte oder Verwaltungsbehörden des Gaststaates für einen bestimmten Zeitraum, z. B. für achtzehn Monate, voraussetzen.¹⁶³ Andere BITs beinhalten in den die Streitschlichtung betreffenden Artikeln auch sogenannte „fork in the road“-Klauseln, also Gabelungsklauseln.¹⁶⁴ Danach kann ein Investor alternativ zwischen staatlicher Gerichtsbarkeit und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit wählen. Eine einmal getroffene Entscheidung zu Gunsten einer der beiden Alternativen ist ausschließlich und unwiderruflich.

Angesichts der Tatsache, dass die Streitschlichtungsklauseln der BITs dem ICSID-Zentrum eine herausragende Rolle zugewiesen haben¹⁶⁵ und dass das letztere die führende Institution im Bereich der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist, ist die Rechtsprechung der ICSID-Schiedsgerichte von grundlegender Bedeutung für die inhaltliche Konkretisierung

¹⁵⁸ Jose Alvarez, Political Protectionism and United States International Investment Obligations in Conflict: The Hazards of Exon-Florio, VJIL Vol. 30 (1990), S. 1 (31 und 35); Parra (Fn. 112), S. 7.

¹⁵⁹ Alvarez, ebenda, S. 31-32 und 35; Dolzer/Stevens (Fn. 120), S. 134.

¹⁶⁰ Gaillard (Fn. 147), S. 1 (1); Richard Happ, Aktuelle Rechtsprechung der ICSID-Schiedsgerichte, SchiedsVZ (2005), S. 21 (28).

¹⁶¹ Ein typisches Beispiel derartiger Klauseln bildet Art. 8(1) des Mustervertrages des Vereinigten Königreichs, wonach: „Disputes between a national or a company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement shall be submitted to international arbitration.“ Abgedruckt in: Dolzer/Stevens (Fn. 120), S. 235 (Hervorgehoben vom Verfasser).

¹⁶² So z. B. Art. 9 des Investitionsschutzabkommen zwischen Deutschland und El Salvador vom 11.12.1997, abgedruckt in: Dolzer/Bloch (Fn. 132), S. 1083.

¹⁶³ Vgl. Reed/Paulsson/Blackaby (Fn. 70), S. 57.

¹⁶⁴ Schöbener/Markert (Fn. 59), S. 94-95. Zu Gabelungsklauseln ausführlich Christoph Schreuer, Traveling the BIT Route - Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, JWIT Vol. 5 (2004), S. 231 (239 ff.).

¹⁶⁵ Vgl. Dolzer/Stevens (Fn. 120), S. 129-130 und 146; Dolzer/Bloch (Fn. 132), S. 1083, Rn. 100.

und Interpretation aller bereits dargelegten Kernvorschriften der BITs. Dies gilt umso mehr, als diese Klauseln und Standards in Bestimmungen von Investitionsschutzabkommen niedergelegt sind, die in ähnlicher und oftmals identischer Weise formuliert worden sind.

B. Nordamerikanisches Freihandelsabkommen

Die zunehmende Verbreitung der bilateralen Investitionsschutzabkommen und die Anerkennung der in ihnen niedergelegten Investitionsschutzstandards hat allmählich zur Verabschiedung komplizierter investitionsschutzbezogener Vertragswerke geführt, die wiederum einen direkten Bezug zum ICSID-Übereinkommen haben.¹⁶⁶ Eine besondere Stellung hat in diesem Kontext das Nordamerikanische Freihandelsabkommen (NAFTA-Abkommen).

Das NAFTA-Abkommen wurde im Jahre 1992 auf trilateraler Ebene zwischen den Vereinigten Staaten, Mexiko und Kanada abgeschlossen und trat am 01.01.1994 in Kraft. Ziel des Vertragswerks ist der Abbau von tarifären und nicht tarifären Handelshemmnissen zwischen den drei Staaten.¹⁶⁷ Sein 11. Kapitel ist dem Investitionsschutz gewidmet. Der Inhalt und die Form des 11. Kapitels weisen viele Ähnlichkeiten mit den bilateralen Investitionsschutzabkommen auf.¹⁶⁸ Es bezweckt mithin, Investitionshemmnisse zu beseitigen, eine neutrale Behandlung von Investitionsstreitigkeiten zu gewährleisten und sichere Investitionsbedingungen durch die Festlegung klarer Investitionsvorschriften zu schaffen.¹⁶⁹ Materiellrechtlich verpflichtet Kapitel 11 die Vertragsstaaten unter anderem zur Inländergleichbehandlung (Art. 1102), Meistbegünstigung (Art. 1103), Gewährleistung der

¹⁶⁶ Vgl. Reed/Paulsson/Blackaby (Fn. 70), S. 62. Hierzu gehört auch der Vertrag über die Energiecharta, der am 17.12.1994 in Lissabon verabschiedet wurde und im April 1998 in Kraft trat. Mitte 2007 haben den Energiechartavertrag etwa 47 Staaten ratifiziert. Der Vertrag über die Energiecharta ist ein sektorspezifisches multilaterales völkerrechtliches Abkommen, das darauf abzielt, einen rechtlichen Rahmen für Energiesicherheit zu etablieren, der auf den Grundsätzen der offenen und wettbewerbsfähigen Märkten sowie der nachhaltigen Entwicklung basiert. Der dritte Teil des Energiechartavertrages (Art. 10 ff.) ist dem Schutz und der Förderung der Investitionen gewidmet und ist dadurch gekennzeichnet, dass seine materiellrechtlichen Vorschriften einen umfassenden und weitgehenden Investitionsschutz garantieren. Freilich verweist die Streitbeilegungsklausel des Energiechartavertrages (Art. 26) auch auf die ICSID- sowie auf die Additional-Facility-Schiedsgerichtsbarkeit (Dazu unten: Erster Teil, IV, B, letzter Abschnitt). Das erste Schiedsverfahren im Rahmen des ICSID-Streitbeilegungssystems, das auf der Grundlage des Energiechartavertrages stattfand, ist am 19.08.2003 registriert worden. (Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, Decision on Jurisdiction abrufbar unter <http://ita.law.uvic.ca/documents/plamavbulgaria.pdf>, zuletzt besucht am 13.09.2007). In diesem Kontext muss man unterstreichen, dass dieser sektorspezifische Vertrag den bisher einzigen erfolgreich abgeschlossenen multilateralen und umfassenden Ansatz zum Schutze von Investitionen auf völkerrechtlicher Ebene darstellt. Zum Energiechartavertrag mit weiteren Nachweisen siehe Dolzer/Bloch (Fn. 132), S. 1088-1090 und Tietje (Fn. 11), S. 56-59. Zu weiteren Versuchen zur Verabschiedung eines multilateralen Investitionsschutzabkommens siehe unten: Zweiter Teil, I, C, Fn. 188.

¹⁶⁷ Vgl. Art. 102 NAFTA-Abkommen. Dazu ausführlicher Michael Meub, Das Nordamerikanische Freihandelsabkommen NAFTA, EuZW (1993), S. 532 (533) ff.

¹⁶⁸ Friedrich Oschmann, Das Investitionsrecht des NAFTA-Abkommens - Mexikos Kehrtwende im Recht der Auslandsinvestitionen?, ZVglRWiss 96 (1997), S. 242 (243) ff.

¹⁶⁹ Salacuse (Fn. 137), S. 77.

fremdenrechtlichen Mindeststandards einschließlich gerechter und billiger Behandlung sowie Genusses von vollem Schutz und voller Sicherheit (Art. 1105) und Schutz vor Enteignung und enteignungsgleichen Maßnahmen (Art. 1110). In Bezug auf die Beilegung von Streitigkeiten kann der Investor ein Schiedsverfahren entweder nach den UNCITRAL-Schiedsregeln oder, sofern der Heimatstaat des klagenden Investors und der Gaststaat dem ICSID-Übereinkommen angehören, gemäß dem ICSID-Übereinkommen einleiten.¹⁷⁰ Da nur die Vereinigten Staaten, nicht aber Mexiko und Kanada Partei des ICSID-Übereinkommens sind, ist ein Verfahren nach dem ICSID-Übereinkommen ausgeschlossen. Für den Fall, dass entweder der Gaststaat oder der Heimatstaat des Investors dem ICSID-Übereinkommen angehört, sieht allerdings Artikel 1120 1(a) des NAFTA-Abkommens ein Schiedsverfahren nach den Additional-Facility-Regeln des ICSID-Zentrums vor.

Die Additional-Facility-Regeln (AF-Regeln) sind von dem Verwaltungsrat des ICSID-Zentrums am 27.09.1978 angenommen worden. Durch die AF-Regeln werden Verfahren zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten, die nicht in den Anwendungsbereich des Art. 25 ICSID-Üb. fallen, durch das ICSID-Sekretariat verwaltet.¹⁷¹ Insbesondere steht dann der Zugang zu einem Schiedsverfahren offen, wenn es sich um eine Rechtsstreitigkeit handelt, in der entweder der Gaststaat oder der Heimatstaat des Investors keine Partei des ICSID-Übereinkommens ist.¹⁷² Ein Schiedsverfahren nach den AF-Regeln ist auch dann gestattet, wenn die Rechtsstreitigkeit nicht unmittelbar mit einer Investition zusammenhängt, vorausgesetzt, dass entweder der Gaststaat oder der Heimatstaat des Investors Vertragsstaat des ICSID-Übereinkommens ist.¹⁷³ Bei einer derartigen Streitschlichtung finden die Regelungen des ICSID-Übereinkommens keine Anwendung.¹⁷⁴ Daraus folgt, dass die entsprechende Judikatur nicht als Hilfsmittel zur Interpretation abstrakter und nicht definierter Rechtsbegriffe, wie z. B. des Terminus „Investition“, des ICSID-Übereinkommens herangezogen werden kann. Was jedoch die Auslegung von materiellen Standards wie Enteignung oder „Genuss von vollem Schutz und voller Sicherheit“ betrifft, die in den BITs oder im NAFTA-Abkommen in abstrakter und dem Wortlaut nach vergleichbarer Weise formuliert worden sind, können die AF-Schiedssprüche nicht an Autorität verlieren. Bis 1995 hat kein Verfahren nach den AF-Regeln stattgefunden. Mit dem Inkrafttreten des NAFTA-Abkommens sollte dieses Zusatzverfahren erheblich an Bedeutung gewinnen. Bislang haben

¹⁷⁰ Art. 1120 NAFTA-Abkommen. Die erforderliche Einwilligung ist in Art. 1122 NAFTA niedergelegt.

¹⁷¹ Art. 2 der AF-Regeln. Zu den rechtspolitischen Umständen der Entstehung dieser Regeln ausführlich Aron Broches, *The „Additional Facility“ of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (1979), in: *Selected Essays* (Fn. 40), S. 249 (249-250).

¹⁷² Art. 2(a) der AF-Regeln.

¹⁷³ Art. 2(b) der AF-Regeln.

¹⁷⁴ Art. 3 der AF-Regeln.

die ICSID-Schiedsgerichte mehr als zwölf AF-Schiedssprüche erlassen.¹⁷⁵ Gegenwärtig sind ungefähr zwölf AF-Schiedsverfahren anhängig.¹⁷⁶

V. Zusammenfassung

Das ICSID-Schiedsgerichtssystem ist bisher das einzige institutionalisierte Forum für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen privaten ausländischen Investoren und Staaten. Es bezweckt, durch die neutrale und unabhängige Beilegung von Investitionsstreitigkeiten die Investitionen zu fördern. Die Streitschlichtung erfolgt durch die ICSID-Schiedsgerichte, welche für jeden Fall neu konstituiert werden. Bis Mitte der neunziger Jahre hat das ICSID-Zentrum ein „Schattendasein“ geführt. Die Proliferation der bilateralen Investitionsschutzabkommen hat die ICSID-Rechtsprechung Ende der neunziger Jahre zu einer Explosion geführt. Dies hängt damit zusammen, dass die Investitionsschutzabkommen materielle Standards und effektive Durchsetzungsmechanismen zum Schutze der Investitionen auf völkerrechtlicher Ebene schaffen und den Auslandsinvestoren die Möglichkeit geben, einseitig ICSID-Schiedsverfahren gegen den jeweiligen Gaststaat einzuleiten. Kennzeichen der Investitionsschutzabkommen ist, dass sie Bestimmungen und Klauseln beinhalten, die in ähnlicher oftmals identischer Weise formuliert worden sind, deren Auslegung hauptsächlich der Rechtsprechung der ICSID-Tribunale unterliegt.

¹⁷⁵ List of Concluded Cases, abrufbar unter <http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

¹⁷⁶ List of Pending Cases, abrufbar unter <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

Zweiter Teil: Die Anwendbarkeit des Völkerrechts im ICSID-Schiedsverfahren und die institutionelle Sicherung der Homogenität der Rechtsprechung der ICSID-Schiedsgerichte

I. Die Anwendbarkeit des Völkerrechts im ICSID-Schiedsverfahren

Im Rahmen der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit ist das anzuwendende Recht durch das Zusammenspiel unterschiedlicher Rechtsordnungen gekennzeichnet. Es ist nämlich durchaus vorstellbar, dass das die Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung regelnde Recht sowie das anzuwendende materielle Recht und Verfahrensrecht unterschiedlichen Rechtssystemen angehören können.¹⁷⁷ Fraglich ist nun, inwiefern sich die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit eine derartige Mannigfaltigkeit der Rechtsordnungen zu eigen macht.

A. Das die Gültigkeit der ICSID-Schiedsvereinbarung regelnde Recht

In Bezug auf die Gültigkeit der ICSID-Schiedsvereinbarung soll in Erinnerung gerufen werden, dass die Einigung der Streitparteien den „Eckpfeiler“ der Zuständigkeit des ICSID-Zentrums darstellt.¹⁷⁸ Die Einigung der Streitparteien, nämlich die ICSID-Schiedsvereinbarung, unterliegt nach Artikel 25(1) des ICSID-Übereinkommens nur einer formellen Voraussetzung, der der Schriftlichkeit, und kann entweder über eine direkte Schiedsvereinbarung zwischen den jeweiligen Streitparteien oder über die konkludente Annahme der antizipierten Einwilligung des Gaststaates seitens des Investors erfolgen. Die Frage der Wirksamkeit der ICSID-Schiedsvereinbarung wird also durch Art. 25(1) des ICSID-Übereinkommens, nämlich durch das Völkerrecht, geregelt.¹⁷⁹

B. Das anzuwendende Verfahrensrecht

Das in einem Schiedsgerichtsverfahren anzuwendende Verfahrensrecht wird durch Art. 44 ICSID-Üb. bestimmt. Demnach wird jedes Schiedsverfahren gemäß dem dritten Abschnitt des Übereinkommens geführt. Da eine große Anzahl von weiteren Vorschriften der ICSID-Konvention verfahrensrechtliche Fragen regeln,¹⁸⁰ ist der Ausdruck „gemäß diesem Abschnitt“ als „gemäß diesem Übereinkommen“ zu verstehen.¹⁸¹ Aus Art. 44 ergibt sich daher, dass das Übereinkommen selbst das anzuwendende Verfahrensrecht darstellt. Eine

¹⁷⁷ Vgl. Alan Redfern/Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Student Edition, Sweet & Maxwell, London, 2003, S. 77, Rn. 2-03; Reed/Paulsson/Blackaby (Fn. 70), S. 29.

¹⁷⁸ Vgl. den vorletzten Absatz der Präambel des ICSID-Üb. sowie Ex. Dir. Rep., Rn. 23.

¹⁷⁹ Vgl. Reed/Paulsson/Blackaby (Fn. 70), S. 29. Vgl. auch CSOB v. Slovak Republic, Decision on Objections to Jurisdiction, 24.05.1999, ICSID Review/FILJ Vol. 14 (1999), S. 251 (263-264), Rn. 35. Nicht so kategorisch SPP v. Egypt, Decision on Jurisdiction, 14.04.1988, ICSID Rep. Vol. 3 (1995), S. 131 (142), Rn. 61.

¹⁸⁰ Vgl. Art. 36-40, 41, 43 und 44-47, 48-49, 50-52, 56-58, 59-61, 62-63.

¹⁸¹ Schreuer (Fn. 87), S. 668, Rn. 9.

Abweichung von seinen völkerrechtlichen Verfahrensregelungen ist nur dann erlaubt, wenn seine Vorschriften ausdrücklich eine Modifikationsmöglichkeit vorsehen. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn die Einzelbestimmungen den Ausdruck „sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren“ beinhalten.¹⁸²

Weiterhin wird zwar nach Art. 44 jedes Schiedsverfahren gemäß der Schiedsordnung, die der Verwaltungsrat nach Art. 6(1) verabschiedet, geführt, allerdings nur „sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren“. Es ist in diesem Kontext den Parteien freigestellt, das auf sie anwendbare Verfahrensrecht der Schiedsordnung zu bestimmen.¹⁸³ In der Praxis stellen jedoch die diesbezüglichen Parteivereinbarungen eher eine Präzisierung als eine Abweichung von den Vorschriften der Schiedsordnung dar.¹⁸⁴ Darüber hinaus unterliegen nicht alle Regeln der Schiedsordnung der freien Dispositionsbefugnis der Beteiligten. Schiedsregeln, die zwingende Bestimmungen des Übereinkommens widerspiegeln, dürfen nicht modifiziert werden.¹⁸⁵

Für den Fall, dass eine Verfahrensfrage weder in dem Übereinkommen noch in der Schiedsordnung noch in einer anderen von den Parteien angenommenen Regelung behandelt ist, sieht der zweite Satz des Art. 44 vor, dass diese Verfahrensfrage von dem jeweiligen ICSID-Schiedsgericht zu entscheiden ist. Diese Bestimmung verfolgt ebenso den Zweck, den Parteien ein neutrales internationales Forum zur Verfügung zu stellen.¹⁸⁶

Es ist folglich festzuhalten, dass das anzuwendende Verfahrensrecht vom Völkerrecht, welches darüber hinaus die erlaubten Grenzen der jeweiligen Parteivereinbarung bestimmt, gebildet wird.

C. Das anzuwendende materielle Recht

Das ICSID-Übereinkommen enthält keine materiellrechtlichen Bestimmungen über die Behandlung von Investitionen. Dieser „Mangel“ ist allerdings nicht zufällig. Gestützt auf die unlösbaren Kontroversen, zu denen die früheren Versuche zum Schutze vom Auslandsigentum in multilateralem Rahmen wegen fehlenden Interessenausgleichs zwischen Entwicklungs- und Industrieländern geführt haben,¹⁸⁷ haben die Beauftragten der Weltbank

¹⁸² Vgl. Art. 43, 46, 47.

¹⁸³ Vgl. Ex. Dir. Rep., Rn. 39.

¹⁸⁴ Schreuer (Fn. 87), S. 671, Rn. 18. Gegenüber der Auswahl von Verfahrensvorschriften anderer Rechtssysteme, wie die der Internationalen Handelskammer, der UNCITRAL-Regeln oder nationalen Prozessrechts sehr kritisch Reed/Paulsson/Blackaby (Fn. 70), S. 30.

¹⁸⁵ Introductory Note D, Arbitration Rules in der Fassung von 01.01.1968, ICSID Rep. Vol. 1 (1993), S. 65. Siehe z. B. Art. 37-40 und 56 ICSID-Üb.

¹⁸⁶ Thomas Arnoldt, Praxis des Weltbankübereinkommens (ICSID), Nomos, Baden-Baden, 1997, S. 36.

¹⁸⁷ So etwa Havana Charter for an International Trade Organization vom 23.03.1948, Abs-Shawcross Entwurf von 1959, OECD-Konventionsentwürfe über den Schutz von Auslandsvermögen von 1962 und 1967. Dazu

frühzeitig erkannt, dass ein multilaterales Werk, welches, ohne materielle Investitionsschutzstandards zu enthalten, nur das Procedere von Investitionsstreitigkeiten regeln sollte, nämlich die ICSID-Konvention, zu verabschieden sei.¹⁸⁸ Das in der Hauptsache von einem ICSID-Schiedsgericht anzuwendende Recht, also das anwendbare materielle Recht, ist in Art. 42 des ICSID-Übereinkommens festgelegt.

1. Auswahl des Völkerrechts durch die Parteien

Gemäß Art. 42(1)S.1 entscheidet ein Gericht eine Streitigkeit nach den von den Parteien gewählten Vorschriften. In dieser Bestimmung hat somit die Parteiautonomie bei der Rechtswahl ihren Niederschlag gefunden, da die Parteien selbst die anzuwendenden „Rechtsvorschriften“¹⁸⁹ bestimmen können. In diesem Kontext kann das Völkerrecht entweder indirekt, wenn es nämlich Bestandteil des nach der Schiedsvereinbarung anzuwendenden innerstaatlichen Rechts ist,¹⁹⁰ oder mittels ausdrücklicher Verweisung darauf in der Parteivereinbarung, also direkt, zur Anwendung kommen.¹⁹¹

In der Regel verweisen die jeweiligen Rechtswahlklauseln neben dem innerstaatlichen Recht des Gaststaates auf das Völkerrecht. Eine Verweisung ausschließlich auf das nationale Recht des Gaststaates kommt hingegen sehr selten vor.¹⁹² Die im AGIP-Verfahren einschlägige Rechtswahlklausel sah zum Beispiel vor, dass das kongolesische Recht „ergänzt“

Georg Schwarzenberger, *Der Schutz von Auslandsinvestitionen - Multilaterale Kodifikationsversuche* -, Gehlen Verlag, Berlin (u.a.), 1969, S. 69-73.

¹⁸⁸ Jörg Pirrung (Fn. 44), S. 21-22; Reed/Paulsson/Blackaby (Fn. 70), S. 1. In der Tat scheiterte vor etwa sechzig Jahren der erste Versuch, ein bindendes multilaterales Übereinkommen zu verabschieden, das den Schutz von Investitionen einschließen sollte, da sich Entwicklungs- und Industrieländer als unfähig erwiesen, sich über die materiellrechtlichen Investitionsschutzstandards der unter der Ägide des Wirtschafts- und Sozialrates der Vereinten Nationen ausgehandelten „Havana Charter for an International Trade Organization“ („Havana-Charta“) zu einigen. Ein ähnliches Schicksal hatte 1998 auch das unter den Auspizien der OECD entwickelte Multilaterale Übereinkommen für Investitionen („Multilateral Agreement on Investment“/MAI). Die Hoffnung, einen umfassenden multilateralen Vertrag zum materiellrechtlichen Schutz von Investitionen in absehbarer Zeit abzuschließen, geriet in Vergessenheit, als im Jahre 2003 die Doha-Verhandlungen der WTO ebenfalls erfolglos endeten und 2004 diese Frage von der Verhandlungsagenda abgesetzt wurde. Es überrascht daher wenig, dass auch das gegenwärtige Welthandelsrechtssystem an sich nur Teilaspekte des materiellrechtlichen Investitionsschutzes enthält. Siehe dazu Dattu (Fn. 19), S. 286-295 sowie Martin Michaelis, in: *Hilf/Oeter* (Fn. 49), S. 282, Rn. 46.

¹⁸⁹ Der Begriff „Rechtsvorschriften“ („Rules of Law“) beschränkt sich nicht auf eine bestimmte Rechtsordnung. Die von den Parteien gewählten Rechtsvorschriften können nämlich Teile einer oder mehrerer nationaler Rechtsordnungen sowie Völkerrecht oder allgemeine Rechtsgrundsätzen umfassen. Dazu mit näheren Einzelheiten Aron Broches, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965: Explanatory Notes and Survey of its Application*, YCA Vol. XVIII (1993), S. 627 (667), Rn. 113; Ibrahim Shihata/Antonio Parra, *Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention*, ICSID Review/FILJ Vol. 9 (1994), S. 183 (188-189).

¹⁹⁰ Broches (Fn. 40), S. 229. Kritisch zu der Inkorporation des Völkerrechts in das innerstaatliche Recht Schreuer (Fn. 87), S. 585.

¹⁹¹ Emmanuel Gaillard/Yas Banifatemi, *The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process*, ICSID Review/FILJ Vol. 18 (2003), S. 375 (376).

¹⁹² Shihata/Parra (Fn. 189), S. 199.

(„supplemented“) durch jedes einschlägige Prinzip des Völkerrechts anzuwenden sei.¹⁹³ Das Schiedsgericht befand in diesem Falle die Nationalisierung des Eigentums des Klägers für rechtswidrig nach dem kongolesischen Recht. Obwohl es das Wort „ergänzt“ dahingehend interpretierte, dass Rückgriff auf die völkerrechtlichen Rechtsprinzipien entweder für die Füllung einer Rechtslücke des kongolesischen Rechts oder für dessen Ergänzung vorgenommen werden kann, prüfte das Tribunal ferner die beanstandeten Nationalisierungsmaßnahmen erneut im Hinblick auf das Völkerrecht, und zwar fast unabhängig von seiner vorherigen Prüfung am Maßstab des nationalen Rechts.¹⁹⁴

Wird ein Verfahren im Wege der „Arbitration without Privity“ eingeleitet, dann sind für die Bestimmung des anzuwendenden Rechts die jeweiligen Investitionsschutzabkommen oder die nationale Gesetzgebung eines Staates maßgebend, sofern sie eine Rechtswahlklausel beinhalten.¹⁹⁵ Eine nicht unerhebliche Anzahl von Investitionsschutzabkommen enthält Klauseln, wonach eine Investitionsstreitigkeit nach den Bestimmungen des Abkommens selbst zu entscheiden ist. Oftmals sind Investitionsstreitigkeiten gemäß den Vorschriften des Investitionsschutzabkommens zusammen mit den einschlägigen Regeln des Völkerrechts und/oder den anwendbaren Völkerrechtsgrundsätzen beizulegen.¹⁹⁶ Eine BIT-Rechtswahlklausel kann darüber hinaus die Anwendung des nationalen Rechts des Gaststaates vorsehen,¹⁹⁷ und zwar ohne auf weitere völkerrechtliche Regeln zu verweisen.¹⁹⁸ Die Tatsache, dass in einem Investitionsschutzabkommen, das an sich ein völkerrechtliches Instrument ist, bestimmte völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Rechte und Pflichten in einer gewissermaßen präziseren Weise niedergelegt sind, schließt zumindest einen ergänzenden Rückgriff auf das allgemeine Völkerrecht ein, ungeachtet dessen,¹⁹⁹ ob die entsprechende Rechtswahlklausel primär auf das nationale Recht oder überhaupt nicht auf das Völkerrecht verweist. Hinzu kommt, dass die Ratio des Abschlusses von solchen Abkommen

¹⁹³ AGIP v. Congo, Award, 30.11.1979, ICSID Rep. Vol. 1 (1993), S. 306 (318 ff.) und insbesondere S. 323-324.

¹⁹⁴ Dazu Arnoldt (Fn. 186), S. 111-119 und insbesondere S. 119; Schreuer (Fn. 87), S. 584.

¹⁹⁵ Mit weiteren Nachweisen Richard Kreindler, The Law Applicable to International Investment Disputes, in: Horn (Fn. 17), S. 401 (418), Fußnote 43.

¹⁹⁶ Artikel 1131 (1) des NAFTA-Abkommens lautet: „A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law“. Eine ähnliche Formulierung enthält Art. 26 (6) der Europäischen Energiecharta. Zum Beispiel enthielten die BITs der folgenden ICSID-Verfahren Rechtswahlklauseln, die auf das Investitionsschutzabkommen selbst und auf die einschlägigen Regeln des Völkerrechts verwiesen: AMT v. Congo, Award, 21.02.1997, ILM Vol. 36 (1997), S. 1531 ff.; Fedax v. Venezuela, Award, 09.03.1998, ILM Vol. 37 (1998), S. 1391 ff. Mit weiteren Nachweisen auf die BIT-Praxis Gaillard/Banifatemi (Fn. 191), S. 376-378.

¹⁹⁷ Siehe z. B. Art. 8 (5) des BIT zwischen Belgien und Burundi vom 13.04.1989, abrufbar unter http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/belg_lux_burundi_fr.pdf (zuletzt besucht am 13.09.2007).

¹⁹⁸ Gaillard/Banifatemi (Fn. 191), S. 378.

¹⁹⁹ Prosper Weil, The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Ménage à Trois, ICSID Review/FILJ Vol. 15 (2000), S. 401 (411-412); Antonio Parra, Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated Under Investment Treaties, News from ICSID, Vol. 17, Nr. 2 (2000), S. 5.

die Gewährleistung der Investitionen durch Regeln des internationalen Rechtes ist. Dementsprechend hat 1990 die Mehrheit der Schiedsrichter des ICSID-Panels im Fall AAPL, der das erste mittels einer in einem BIT enthaltenen Schiedsklausel durchgeführte ICSID-Schiedsverfahren war, für die Anwendung des Völkerrechts plädiert.²⁰⁰ Das Tribunal merkte zunächst an, dass das Verhalten der Parteien während des Schiedsverfahrens maßgebend für die Bestimmung des anzuwendenden materiellen Rechts sein solle, da die Parteien nicht die Möglichkeit hatten, es vor der Entstehung der Streitigkeit im Sinne des Art. 42(1)S.1 zu bestimmen. Von diesem Verhalten ausgehend stellte das Tribunal fest, dass die Bestimmungen des bilateralen Investitionsschutzabkommens zwischen Sri Lanka und dem Vereinigten Königreich die primäre Quelle der anzuwendenden Rechtsvorschriften darstellten.²⁰¹ Nach der Diagnostizierung der obigen impliziten Rechtswahl durch die Streitparteien erklärte das Gericht, dass das Investitionsschutzabkommen im völkerrechtlichen Kontext wie folgt anzuwenden ist:²⁰²

„In fact the submissions of both Parties [...] clearly demonstrate that they are in agreement about admitting the supplementary role of the recourse - regarding certain issues - to general customary international law, other specific international rules rendered applicable in implementation of the most-favored-nation clause, as well as to Sri Lankan domestic legal rules.“

In ähnlicher Weise stellte im Jahre 2002 das Ad-hoc-Komitee im Aufhebungsverfahren Vivendi fest:²⁰³

„In such a case [in respect of a claim based upon a substantive provision of that BIT], the inquiry which the ICSID tribunal is required to undertake is one governed by the ICSID Convention, by the BIT and by applicable international law. Such an inquiry is neither in principle determined, nor precluded, by any issue of municipal law, including any municipal law agreement of the parties.“

Der gleichen Argumentationslinie folgte einen Monat später der ICSID-Schiedsspruch im Falle Middle East Cement Shipping. Artikel 11 des bilateralen Investitionsschutzabkommens zwischen Griechenland und Ägypten sah vor, dass:

²⁰⁰ AAPL v. Republic of Sri Lanka, 21.06.1990, Award, ILM Vol. 30 (1991), S. 577 (586-588).

²⁰¹ Ebenda, S. 587. Rn. 20.

²⁰² Ebenda, S. 587. Rn. 22. Dazu ausführlich Schreuer (Fn. 87), S. 577-579, Rn. 51 und S. 584, Rn. 59.

²⁰³ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic, Decision on Annulment, 03.03.2002, ILM Vol. 41 (2002), S. 1135 (1156), Rn. 102.

„in addition to the rules of the BIT, obligations for a more favorable treatment stemming from the national law of the Contracting Parties or existing under international law between the Contracting Parties shall prevail.“

Das Gericht wies bei der Auslegung dieser Klausel darauf hin, dass die Anwendung des nationalen Rechts nicht zur Einschränkung der sich aus dem Investitionsschutzabkommen ergebenden Ansprüche führen könne.²⁰⁴ Abschließend erklärte das Schiedsgericht folgendes:²⁰⁵

„[T]he reference to and application of the BIT implies that the Tribunal may have recourse to the rules of general international law to supplement those of the BIT.“

In der Praxis neigen also die ICSID-Schiedsgerichte dazu, bei Schiedsverfahren, die auf der Grundlage von Investitionsschutzabkommen durchgeführt werden, die ihrerseits Rechtswahlklauseln beinhalten, neben den materiellrechtlichen Vorschriften der BITs eher Völkerrecht als nationales Recht anzuwenden.²⁰⁶ Mit anderen Worten sind BIT-Streitigkeiten nicht nur nach den Bestimmungen der völkerrechtlichen Investitionsschutzabkommen, sondern auch auf der Basis von allgemeinen Völkerrechtsregeln und Völkerrechtsprinzipien beizulegen.²⁰⁷

2. Die Anwendbarkeit des Völkerrechts bei fehlender Rechtswahl

Haben die Parteien keine Rechtswahl getroffen, dann wendet das jeweilige ICSID-Schiedsgericht nach Art. 42(1)S.2 das Recht des Vertragsstaates, der Streitpartei ist, sowie die einschlägigen Regeln des Völkerrechts an. Diese Vorschrift bildet an sich eine Rechtswahlklausel,²⁰⁸ da sie auf zwei verschiedene Rechtssysteme verweist, also auf das innerstaatliche Recht und auf das Völkerrecht, wobei das letztere in dem Umfang anzuwenden ist, wie es durch Art. 38(1) des IGH-Statuts bestimmt wird.²⁰⁹ Demnach wenden die ICSID-Panels bei der Entscheidung der ihnen unterbreiteten Streitigkeiten die jeweiligen völkerrechtlichen Verträge, Völkergewohnheitsrecht, allgemeine Völkerrechtsgrundsätze und subsidiär richterliche Entscheidungen und die Lehrmeinungen der fähigsten Völkerrechtler zur Feststellung von Rechtsnormen an. Da der Wortlaut des Art. 42(1)S.2 keinen

²⁰⁴ Middle East Cement v. Egypt, Award, 12.04.2002, ICSID Review/FILJ Vol. 18 (2003), S. 602 (622), Rn. 87.

²⁰⁵ Ebenda, S. 623, Rn. 87.

²⁰⁶ Vgl. mit weiteren Nachweisen auf die ICSID-Judikatur Reed/Paulsson/Blackaby (Fn. 70), S. 46 ff; Weil (Fn. 199), S. 411-412.

²⁰⁷ Vgl. Weil (Fn. 199), S. 412.

²⁰⁸ Michael Reisman, The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold, ICSID Review/FILJ Vol. 15 (2000), S. 362 (366).

²⁰⁹ Ex. Dir. Rep., Rn. 40.

ausreichenden Hinweis auf das Verhältnis beider Rechtsordnungen zueinander bietet, ist es vor allem Aufgabe der ICSID-Schiedsgerichte, durch ihre Judikatur die Rolle des nationalen Rechts²¹⁰ und die des Völkerrechts gemäß dieser Bestimmung zu klären.

Die Mitte der achtziger Jahre erlassenen ICSID-Aufhebungsentscheidungen Klöckner I und Amco I haben die entstehungsgeschichtliche Auslegung²¹¹ des Art. 42(1)S.2 bestätigt. Danach ist dem Völkerrecht bei fehlender Rechtswahl eine Doppelfunktion eingeräumt. Es ergänzt einerseits Lücken des innerstaatlichen Rechts (Ergänzungsfunktion) und sichert andererseits den Vorrang von völkerrechtlichen Normen, wenn das anwendbare nationale Recht gegen diese Normen verstößt (Korrekturfunktion).²¹² Das Ad-hoc-Komitee im Falle Klöckner I äußerte in diesem Kontext:²¹³

„In both cases, the arbitrators may have recourse to the „principles of international law“ only after having inquired into and established the content of the law of the state party to the dispute [...] and after having applied the relevant rule of the state’s law. Article 42(1) therefore clearly does not allow the arbitrator to base his decision solely on the “rules” or “principles of international law”.“

Daraus ergibt sich, dass das allgemeine Völkerrecht gemäß Art. 42(1)2 eine subsidiäre Rolle im Sinne einer „Public Policy“-Funktion gegenüber dem innerstaatlichen Recht des Gaststaates spielt. Seine direkte Anwendung ist nach diesem Schiedsspruch ausdrücklich ausgeschlossen.²¹⁴ Aus methodologischer Sicht scheint es jedoch, dass die Feststellung einer Unvereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Völkerrecht zumindest seine unter allen Umständen implizite Anwendung voraussetzen sollte.²¹⁵ Nachdem im zweiten Amco-Schiedsverfahren aus dem Jahre 1990 die Ergänzungs- und Korrekturfunktion des Völkerrechts betont wurde, legte das ICSID-Tribunal dar:²¹⁶

²¹⁰ Das einschlägige nationale Recht wird nicht immer dem des Gaststaates entsprechen, da Art. 42(1)S.2 auch die Anwendung seines Internationalen Privatrechts vorsieht.

²¹¹ Dazu ausführlich Aron Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Applicable Law and Default Procedure* (1967), in: *Selected Essays* (Fn. 40), S. 179 (183 ff.). Anderer Ansicht Gaillard/Banifatemi (Fn. 191), S. 382-388.

²¹² Klöckner v. Cameroon, Decision on Annulment, 03.05.1985, ICSID Rep. Vol. 2 (1994), S. 95 (122), Rn. 69; Amco v. Indonesia, Decision on Annulment, 16.05.1986, ICSID Rep. Vol. 1 (1993), S. 509 (515), Rn. 21-22.

²¹³ Ebenda, S.122, Rn. 69 (Hervorgehoben vom Verfasser).

²¹⁴ Gaillard/Banifatemi (Fn. 191), S. 398.

²¹⁵ Emmanuel Gaillard, *The Extend of Review of the Applicable Law in Investment Treaty Arbitration*, in: Emmanuel Gaillard/Yas Banifatemi (Ed.), *Annulment of ICSID Awards*, Juris Publishing, New York, 2004, S. 223 (233).

²¹⁶ Amco v. Indonesia, Resubmitted Case, Award, 31.05.1990, ICSID Rep. Vol. 1 (1993), S. 569 (580), Rn. 40 (Hervorgehoben vom Verfasser).

„[I]nternational law is fully applicable and to classify its role as “only” “supplemental and corrective” seems a distinction without difference. In any event, the Tribunal believes that its task is to test every claim of law in this case first against Indonesian law, and then against international law.“

Unter diesem Gesichtspunkt ist festzuhalten, dass das Völkerrecht jenseits seiner Doppelfunktion eine direkte Anwendung genießt. Methodologisch ist allerdings jeder Anspruch zunächst der Prüfung des nationalen Rechts unterworfen; danach der des internationalen. Kurz vor der Explosion der ICSID-Judikatur durch die auf der Grundlage von Investitionsschutzabkommen eingeleiteten Schiedsverfahren zeigt die Rechtsprechung der ICSID-Schiedsgerichte, dass das Völkerrecht, wie es in Art. 38(1) des IGH-Statuts definiert wird, tatsächlich imstande ist, eine konkrete rechtliche Antwort auf jede Investitionsstreitigkeit zur Verfügung zu stellen.²¹⁷

Der Schiedsspruch im Falle Santa Elena vom 17.02.2000 geht seinerseits über die bislang angesprochene Judikatur deutlich hinaus.²¹⁸ In diesem Verfahren stellte das Schiedsgericht vorerst fest, dass in Ermangelung einer Rechtswahl gemäß Art. 42(1)S.2 das costaricanische Recht und die einschlägigen Regeln des Völkerrechts anwendbar seien.²¹⁹ Weiterhin erklärte es, das costaricanische Recht stimme mit dem Völkerrecht überein, und wiederholte, dass im Falle eines Konflikts zwischen den beiden Rechtsordnungen das Völkerrecht Vorrang genieße.²²⁰ Wäre dies nicht der Fall beim Vorliegen einer Eigentumsentziehung, so das Gericht, dann wäre dem ausländischen Investor der Schutz des Völkerrechts verwehrt und damit das Ziel des ICSID-Übereinkommens vereitelt.²²¹ Im Anschluss hieran erklärte das Tribunal, „international law is controlling“, und ohne weitere Begründung kam es zu dem Ergebnis, dass nach Art. 42(1)S.2 der vorliegende Fall vom Völkerrecht geregelt werde.²²² In diesem Verfahren hat sich das Tribunal von der methodologischen Herangehensweise des zweiten Amco-Schiedsverfahrens, wonach jeder Anspruch zunächst am Maßstab des

²¹⁷ Durch diese Rechtsprechung ist die bei der Verabschiedung des Art. 42 ICSID-Üb. vertretene Ansicht, wonach „international law derived from these sources [Art. 38 IGH-Statut] is sufficiently complete to provide a legal answer to every dispute“ verwirklicht worden. Vgl. mit weiteren Nachweisen auf die Entstehungsgeschichte von Art. 42 Shihata/Parra (Fn. 189), S. 194.

²¹⁸ *Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, Award, 17.02.2000, ILM Vol. 39 (2000), S. 1317 ff. Dazu ausführlich Stephan Hobe, *Enteignung zu Zwecken des Umweltschutzes: Zur ICSID Arbitration Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A. und Republik von Costa Rica*, IPRax Jg. 22 (2002), S. 249 ff.

²¹⁹ Ebenda, S. 1328, Rn. 64.

²²⁰ Ebenda, S. 1328, Rn. 64.

²²¹ Ebenda, S. 1328, Rn. 64.

²²² Ebenda, S. 1328, Rn. 65.

nationalen Rechts und danach des Völkerrechts zu messen ist, entfernt, da es internationales Recht angewandt hat.²²³

Anders als die bislang dargestellten Fälle ist das Wena-Schiedsverfahren von 2000 aufgrund eines Investitionsschutzabkommens und insbesondere aufgrund des zwischen Ägypten und dem Vereinigten Königreich²²⁴ abgeschlossenen BIT vom 11.06.1976 durchgeführt worden, welches seinerseits keine Rechtswahlklausel enthielt. Im darauffolgenden Wena-Aufhebungsverfahren von 2002 wurde die Stellung des Santa-Elena-Schiedsspruchs weiter gefestigt. Nach einer Darstellung der bis dahin entstandenen Literatur und Judikatur über das Verhältnis zwischen nationalem Recht und Völkerrecht gemäß Art. 42(1)S.2 betonte das Aufhebungskomitee, dass das Wort „may“ in dieser Vorschrift²²⁵ keine klare Trennlinie in Bezug auf den Geltungsbereich des Völkerrechts und den des nationalen Rechts angebe, und infolgedessen sei dem Tribunal ein gewisser Interpretationsspielraum und eine Auslegungsbefugnis übertragen.²²⁶ Das Schiedsgericht bestätigte zudem, dass das nationale Recht zusammen mit dem Völkerrecht angewandt werden kann, und kristallisierte den Stand des Entwicklungsprozesses der ICSID-Rechtsprechung wie folgt heraus:²²⁷

„So too international law can be applied by itself if the appropriate rule is found in this other ambit.“

Letztendlich ist es zu dem Ergebnis gekommen, dass das völkerrechtliche Investitionsschutzabkommen das primär anzuwendende Recht sei.²²⁸

Im Jahre 2005 bezeichnete das Schiedsgericht im Falle CMS die die Rolle des Völkerrechts und des nationalen Rechts betreffende Judikatur des Aufhebungskomitees im Wena-Verfahren als „mehr pragmatisch und weniger doktrinär“ verglichen mit der früheren ICSID-Rechtsprechung, wonach das Völkerrecht eine bloße „Doppelfunktion“ entfalten kann.

²²³ Kritisch dazu Kenneth Juster, The Santa Elena Case: Two Steps Forward, Three Steps Back, American Review of International Arbitration, Vol. 10 (1999), S. 371 (376): „By applying international law to the dispute without first seeking to apply Costa Rican law or finding Costa Rican law in any way violative of international legal principles, the Tribunal turned Article 42(1) on its head, essentially eliminating the application of State law to ICSID disputes.“

²²⁴ Abrufbar unter http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/egypt_uk.pdf (zuletzt besucht am 11.07.2007).

²²⁵ Die englische Fassung von Art. 42(1)S.2 lautet: „In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.“ (Hervorgehoben vom Verfasser).

²²⁶ Wena Hotels Limited v. Arabic Republic of Egypt, Decision on Annulment, 28.01.2002, ILM Vol. 41 (2002), S. 933 (941), Rn. 39.

²²⁷ Ebenda, S. 941, Rn. 40 (Hervorgehoben vom Verfasser).

²²⁸ Ebenda, S. 941-942, Rn. 42-44.

Gegenwärtig, so das Tribunal, hätten beide Rechtsquellen eine Rolle zu spielen.²²⁹ Gestützt auf die „Wena-Doktrin“ äußerte es:²³⁰

„All of these rules [the legislation and the regulation governing the gas privatization, the License and the international law, as embodied both in the Treaty and in customary international law] are inseparable and will, to the extent justified, be applied by the Tribunal.“

Ferner wies es das Argument des Beklagten zurück, wonach die völkerrechtlichen Verpflichtungen von Argentinien und insbesondere diejenigen, die sich aus dem BIT zwischen Argentinien und den Vereinigten Staaten ergeben, der argentinischen Verfassung entgegenstünden.²³¹ Das Schiedsgericht stellte im vorliegenden Falle ausdrücklich klar, dass es das einschlägige nationale Recht und Völkerrecht anwenden muss.²³² Trotz der ausführlichen Erörterung des innerstaatlichen Rechts stellt der Urteilstenor nur die Verletzung des entsprechenden BIT fest.²³³

Zusammenfassend ist gegenwärtig dem Völkerrecht im Sinne des Art. 42(1)S.2 ICSID-Üb. eine besondere Rolle zugewiesen. Liegt eine Rechtslücke vor oder verstößt das nationale Recht des Gaststaates gegen das Völkerrecht, dann ist das letztere anzuwenden. Das internationale Recht ist ferner in indirekter Weise maßgebend. Dies ist der Fall, wenn das nationale Recht zur Anwendung kommt, nachdem es als mit dem internationalen Recht übereinstimmend angesehen wird, oder wenn es Völkerrecht inkorporiert. Darüber hinaus können die ICSID-Tribunale direkt auf das internationale Recht zurückgreifen, da es „by itself“ anwendbar ist. Mit anderen Worten ist das internationale Recht diejenige Rechtsordnung, die bei fehlender Rechtswahl unter allen Umständen das letzte Wort hat.²³⁴

3. Die Anwendbarkeit des Völkerrechts mangels seiner Auswahl

Während die Investitionsschutzabkommen eine Beilegung einer Investitionsstreitigkeit grundsätzlich auf der Basis des Völkerrechts fördern und im Rahmen des Art. 42(1)S.2 das

²²⁹ CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, Award, 12.05.2005, ILM Vol. 44 (2005), S. 1205 (1218), Rn. 116.

²³⁰ Ebenda, S. 1218, Rn. 117 (Hervorgehoben vom Verfasser).

²³¹ Ebenda, S. 1218, Rn. 120-121.

²³² Ebenda, S. 1219, Rn. 123.

²³³ Zu der Problematik der Anwendung des nationalen Rechts und des Völkerrechts im CMS-Verfahren siehe Stephan Schill, From Calvo to CMS: Burying an International Law Legacy - Argentina's Currency Reform in the Face of Investment Protection: The ICSID Case CMS v. Argentina, SchiedsVZ (2005), S. 285 (287-289).

²³⁴ Vgl. auch Prosper Weil (Fn. 199), S. 409, der allerdings davon ausgeht, dass „the reference to the domestic law of the host state [...] is indeed a pointless exercise, the sole *raison d'être* of which is to avoid offending the sensibilities of the host state.“

internationale Recht „controlling“ ist, stellt sich ferner die Frage, ob das Völkerrecht auch dann zur Anwendung kommen kann, wenn es nicht von den Parteien gewählt worden ist. Vom Wortlaut der in Art. 42(1)S.1 niedergelegten Parteiautonomie ausgehend scheint es, dass das internationale Recht in Ermangelung seiner Auswahl nicht angewandt werden könne, da das Fehlen seiner ausdrücklichen Wahl als eine „negative Rechtswahl“ anzusehen ist.²³⁵ Anderenfalls würde die Anwendung der internationalen Rechtsordnung durch die ICSID-Tribunale gegen den Willen der Parteien verstoßen. Aus systematischer Sicht sind die ICSID-Tribunale nur bei fehlender Rechtswahl nach Art. 42(1)S.2 verpflichtet, zusammen mit dem nationalen Recht des Gaststaates die einschlägigen Regeln des Völkerrechts anzuwenden. Liest man ferner Art. 42(1)S.1 in Verbindung mit Art. 42(2), wonach ein ICSID-Tribunal eine Entscheidung nicht mit der Begründung ablehnen kann, dass das jeweils anzuwendende Recht zu dem streitigen Zeitpunkt schweigt oder unklar ist, dann könnte man rechtstechnisch die Schlussfolgerung ziehen, dass die ICSID-Schiedsgerichte dann auf das Völkerrecht zurückgreifen können, wenn die innerhalb des ausgewählten Rechts zur Verfügung stehenden Mechanismen nicht imstande sind, die jeweilige Unklarheit oder das Schweigen, nämlich eine Rechtslücke, zu beseitigen.²³⁶ Interpretiert man Art. 42(1)S.1 im Lichte des Zieles des ICSID-Übereinkommens, dann lässt sich entnehmen, dass ein ICSID-Tribunal eine Streitigkeit gemäß den von den Parteien vereinbarten Vorschriften entscheidet, es sei denn, dass diese Vorschriften der fairen Behandlung von Investitionsstreitigkeiten entgegenstehen. Da das Übereinkommen nur das *Procedere* regelt, scheint auf den ersten Blick eine zielorientierte Auslegung nicht aufschlussreich zu sein. Ruft man sich jedoch in Erinnerung, dass nach Art. 27 ICSID-Üb. kein Vertragsstaat seinen Staatsangehörigen hinsichtlich einer Streitigkeit, die dem ICSID-Übereinkommen unterworfen worden ist, diplomatischen Schutz gewähren wird, wobei im Falle der Ausübung diplomatischen Schutzes einem Staat der Weg offen steht, Verletzungen des fremdenrechtlichen Mindeststandards vor internationalen gerichtlichen Gremien geltend zu machen, dann muss *a fortiori* die Einhaltung dieser Standards unter allen Umständen im ICSID-Schiedsgerichtssystem systemimmanent angelegt sein.²³⁷ Hinzu kommt, dass der Einzelne auf die fremdenrechtlichen Mindeststandards nicht verzichten

²³⁵ Schreuer (Fn. 87), S. 586, Rn. 63.

²³⁶ Vgl. Okezie Chukwumerije, *International law and Article 42 of the ICSID Convention*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, Nr. 3 (1997), S. 79 (86); Kreindler (Fn. 195), S. 403 und 415-420.

²³⁷ Vgl. auch Elihu Lauterpacht, *The World Bank Convention on the Settlement of International Investment Disputes*, in: Paul Guggenheim/Maurice Battelli (eds.), *Recueil d'études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim*, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genève, 1968, S. 642 (657-658 sowie 660). Anderer Ansicht Chukwumerije, ebenda, S. 85 ff., der sich an einer entstehungsgeschichtlichen und wortlauttreuen Auslegung orientiert.

kann.²³⁸ Somit unterliegen diese Standards nicht der Dispositionsbefugnis der Streitparteien. Das gleiche gilt für die grundlegenden Regeln des Völkerrechts beziehungsweise sogenannte Jus-cogens-Normen²³⁹ oder Erga-omnes-Verpflichtungen, sowie für die elementaren Menschenrechte.²⁴⁰

Aus realistischer Sicht ist allerdings unwahrscheinlich, dass die Streitparteien eine solche Wahl treffen würden, die nicht im Einklang mit den elementaren Menschenrechten oder den fremdenrechtlichen Mindeststandards steht. Und es ist ferner noch unwahrscheinlicher, dass die ICSID-Schiedsgerichte als internationale Beilegungsgremien derartigen Parteivereinbarungen oder Vorschriften Effektivität verschaffen würden.²⁴¹ Da sich die bisherige Analyse gewissermaßen im Raum des Selbstverständlichen bewegt, kann die Praxis der ICSID-Schiedsgerichte auf die Problematik der Anwendung des Völkerrechts mangels seiner Auswahl mehr Licht fallen lassen.

Nachdem im März 1986 im Falle LETCO das Tribunal die universelle Anerkennung des Grundsatzes der Parteiautonomie, wie sie auch in Art. 42(1)S.1 ICSID-Üb. statuiert ist, im Bereich der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit betont hatte, stellte es fest, dass es keinerlei Zweifel an der Anwendbarkeit des liberianischen Rechts hat. Kein anderes Rechtssystem oder andere Rechtsvorschriften seien ferner von den Parteien gewählt worden. Aber selbst wenn es keine ausdrückliche Rechtswahl gäbe, sei es eindeutig, dass das Tribunal das liberianische Recht anwenden müsse. Obwohl die obigen Ausführungen des Tribunals mittelbar auf Art. 42(1)S.1 hinweisen, fragt sich danach das Schiedsgericht, ob im vorliegenden Fall Satz 1 oder Satz 2 des Art. 42(1) anzuwenden ist. Ohne die von ihm gestellte Frage zu beantworten, führte es folgendes aus:²⁴²

„The law of the Contracting State is recognized as paramount within its own territory, but is nevertheless subject to the control by international law. The role of international law as a “regulator” of national systems of law has been much discussed, with particular emphasis being

²³⁸ Vgl. Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 24), S. 118 sowie S. 118 Fußnote 14. Für eine Auflistung der Mindeststandards siehe Alfred Verdross/Bruno Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1984, S. 801, Rn. 1213.

²³⁹ Steht ein Vertrag im Widerspruch zu einer derartigen Norm, dann ist er laut Art. 53 sowie 64 WVK nichtig. Ausführlich zur Funktion und Identifizierungsmethode der elementaren Regeln der internationalen Rechtsordnung Christian Tomuschat, International Law: Ensuring the Survival of Mankind in the Eve of a New Century - General Course on Public International Law -, RdC Vol. 281 (1999), S. 9 (81-90); Christian Tomuschat, Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes – Concluding Observations, in: Christian Tomuschat/Jean-Marc Thouvenin (Eds.), The Fundamental Rules of the International Legal Order, Martinus Nijhoff, Netherlands, 2006, S. 425-436.

²⁴⁰ Vgl. Reisman (Fn. 208), S. 377.

²⁴¹ Vgl. Reisman (Fn. 208), S. 377.

²⁴² LETCO v. Liberia, Award, 31.03.1986, ICSID Reports Vol. 2 (1994), S. 343 (358-359) (Hervorgehoben vom Verfasser).

focused on the problems likely to arise if there is a divergence on a particular point between national and international law.“

Anschließend zeigte sich das Tribunal befriedigt darüber, dass die in Betracht gezogenen Rechtsvorschriften und Grundsätze des liberianischen Rechts im Einklang mit den allgemeinen Völkerrechtsgrundsätzen stehen. Abschließend erklärte es:²⁴³

„[B]oth according to international law and, more importantly, Liberian Law, LETCO is entitled to compensation for damages for both its lost investments and its foregone future profits.“

Trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Subsumtion des anzuwendenden Rechts unter einen der Sätze des Artikels 42(1) weist das LETCO-Urteil deutlich darauf hin, dass eine Parteivereinbarung, nach der nationale Rechtsvorschriften anzuwenden sind, der Kontrollfunktion des internationalen Rechts unterliegt.²⁴⁴

Das SPP-Verfahren vom 20.05.1992 ist durch die Auseinandersetzung der Parteien über das im konkreten Fall anzuwendende materielle Recht gekennzeichnet. Der Kläger behauptete, dass eine implizite Vereinbarung, wonach das ägyptische Recht anzuwenden sei, vorliege. Der Beklagte, also Ägypten, trug hingegen vor, dass Art. 42(1)S.2 und demzufolge auch das Völkerrecht zur Anwendung kommen müsse. Nach Auffassung des Tribunals ist der Parteienstreit über die Art und Weise der Anwendung des Art. 42(1) von geringer praktischer Bedeutung, wenn überhaupt, da beide Parteien das ägyptische Gesetz Nr. 43 und das UNESCO-Übereinkommen für anwendbar hielten. Bezüglich der Anwendung des Völkerrechts äußerte das Tribunal:²⁴⁵

„Finally, even accepting the Respondent’s view that the Parties have implicitly agreed to apply Egyptian law, such an agreement cannot entirely exclude the direct applicability of international law in certain situations.“

Eine derartige Situation beschreibt die Tatsache, dass:²⁴⁶

„The law of ARE, like all municipal legal systems, is not complete or exhaustive, and where a lacunae [sic] occurs it cannot be said that there is agreement as to the application of a rule of law

²⁴³ Ebenda, S. 372.

²⁴⁴ Vgl. John Westberg, Applicable Law, Expropriatory Takings and Compensation in Cases of Expropriation; ICSID and Iran-United States Claim Tribunal Case Law Compared, ICSID Review/FILJ Vol. 8 (1993), S. 1 (8); Arnoldt (Fn. 186), S. 126.

²⁴⁵ Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, Award, 20.05.1992, ICSID Rep. Vol. 3 (1995), S. 189 (207), Rn. 78 (Hervorgehoben vom Verfasser).

²⁴⁶ Ebenda, S. 207, Rn. 80.

which *ex hypothesi*, does not exist. In such case, it must be said that there is “absence of agreement” and, consequently, the second sentence of Article 42(1) would come into play.“

Im Laufe des Verfahrens hat das Schiedsgericht mehrmals auf das Völkerrecht zurückgegriffen.²⁴⁷

Die Position dieses Tribunals, wonach jedes Rechtssystem Rechtslücken enthält, sowie die für deren Ausfüllung befürwortete direkte Anwendung des Völkerrechts ohne Berücksichtigung der Lückenfüllungsmechanismen des ägyptischen Rechts und ohne weitere dogmatische Argumentation seines methodologischen Vorgehens sind unter anderem deshalb kritisiert worden, weil dadurch der Grundsatz der Parteiautonomie des Art. 42(1)S.1, mithin das Hauptmerkmal der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit,²⁴⁸ zu Gunsten der Anwendung des internationalen Rechts eingeschränkt wurde.²⁴⁹

In der Tat, wenn man die Schiedssprüche LETCO und SPP nebeneinander betrachtet und sie im Rahmen des gerade nach dem Erlass des letzteren erreichten Entwicklungsstandes des ICSID-Fallrechts zu bewerten versucht, dann stellt man fest, dass das Völkerrecht mangels seiner Auswahl bzw. beim Vorliegen einer spezifischen Rechtswahl nach Art. 42(1)S.1 sowohl eine Kontroll- als auch eine Ergänzungsfunktion entfaltet, genauso wie die Aufhebungsentscheidungen Klöckner I und Amco I und gewissermaßen der zweite Amco-Schiedsspruch die Rolle des Völkerrechts im Sinne des Art. 42(1)S.2 verstanden haben. Doch sei dem, wie ihm wolle, beide Schiedssprüche zeigen, dass die Parteien die Anwendbarkeit des Völkerrechts durch Auswahl des nationalen Rechts nicht umgehen können.²⁵⁰ Mit anderen Worten entstehen durch die Einleitung eines ICSID-Schiedsgerichtsverfahrens völkerrechtliche Verpflichtungen, die über den in der Parteivereinbarung niedergelegten bilateralen Willen hinausgehen.²⁵¹

D. Bewertung

Die Gültigkeit einer ICSID-Schiedsvereinbarung sowie das anzuwendende Verfahrensrecht werden durch das ICSID-Übereinkommen selbst, mithin durch einen völkerrechtlichen

²⁴⁷ Vgl. z. B. ebenda, S. 235, Rn. 191. Für die relevanten Passagen siehe die Fundstellen bei Schreuer (Fn. 87), S. 587, Rn. 65, Fn. 134.

²⁴⁸ Vgl. Art. 33(1) der UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung, Art. 28(1) des UNCITRAL-Modelgesetztes sowie Art. 17(1) der Schiedsordnung der Internationalen Handelskammer.

²⁴⁹ Vgl. Georges Delaume, *The Pyramids Stand - The Pharaohs Can Rest in Peace*, ICSID Review/FILJ Vol. 8 (1993), S. 231 (248) sowie die abweichende Meinung des Schiedsrichters El Mahdi, ICSID Rep. Vol. 3 (1995), S. 249 (321-327).

²⁵⁰ Vgl. Schreuer (Fn. 87), S. 587-588; Broches (Fn. 189), S. 669, Rn. 121; Nathan (Fn. 53), S. 70-71; Lauterpacht (Fn. 237), S. 658.

²⁵¹ Zu dieser Funktion der Völkerrechtsordnung Christian Tomuschat, *Obligations Arising For States With or Against Their Will*, RdC Vol. 241 (1993), S. 195 ff.

Vertrag bestimmt. Eine Abweichung von dem vorgeschriebenen Verfahren mittels einer Parteivereinbarung ist nur dann gestattet, wenn die ICSID-Konvention oder die ICSID-Schiedsordnung eine diesbezügliche Ermächtigung enthalten. Was das anzuwendende materielle Recht im Hinblick auf BIT-Schiedsverfahren anbelangt, wenden die ICSID-Schiedsgerichte in erster Linie Völkerrecht an. Liegt eine Rechtswahlklausel nicht vor, dann ist nach Art. 42(1)S.2 das internationale Recht neben dem nationalen Recht „by itself“ anwendbar, wobei dem erstgenannten zugleich eine Ergänzungs- sowie Kontrollfunktion gegenüber dem innerstaatlichen Recht eingeräumt wird. Abschließend kann eine Parteivereinbarung zur Anwendung des nationalen Rechts nach Art. 42(1)S.1, also der Wille der Parteien, nicht die Anwendbarkeit des Völkerrechts ausschließen. Aus materiellrechtlicher Sicht bildet somit das Völkerrecht die *lex fori* des ICSID-Systems. Im Ergebnis zeigt sich, dass das internationale Recht die Plattform, also das Terrain, der ganzen ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit darstellt.

II. Homogenitätssicherung im ICSID-Schiedsgerichtssystem

A. Homogenität der Rechtsprechung: Systeminterne und systemexterne Auswirkungen

Der Begriff Homogenität (griechisch: *homós*: gleich, in gleicher Weise, ebenso; *genos*: Art; *homogen*: gleichartig, einheitlich, gleichmäßig aufgebaut, konform, übereinstimmend) beschreibt das aus Gleichartigem Zusammengesetzte.²⁵² Mit anderen Worten bezeichnet dieser Terminus die Gleichartigkeit einer Eigenschaft innerhalb eines Systems. Das hier in Betracht kommende System ist das ICSID-Schiedsgerichtssystem, und die entsprechende Eigenschaft ist die auf völkerrechtlichem Terrain wurzelnde Rechtsprechung der ICSID-Schiedsgerichte.

Es steht fest, dass auf völkerrechtlicher Ebene keine formelle Bindungswirkung von Präjudizien im Sinne der Common Law-Tradition, also keine Doktrin des *stare decisis*, anerkannt wird. So heißt es in Art. 59 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs, der oftmals als „Weltgericht“ bezeichnet wird, dass die Entscheidung des Gerichtshofs nur für die Streitparteien und nur in Bezug auf die Sache, in der entschieden wurde, bindend ist. Eine ähnliche Formulierung sieht auch Art. 53 des ICSID-Übereinkommens vor. Demnach ist der Schiedsspruch nur für die Streitparteien bindend.²⁵³ Die ICSID-Schiedsgerichte haben danach vielfach erklärt, dass sie an frühere Entscheidungen anderer ICSID-Panels nicht gebunden

²⁵² Duden, Das Fremdwörterbuch, Bd. 5, 8. Auflage, Dudenverlag, Mannheim (u.a.), 2005, S. 411; Duden, Das Synonymwörterbuch, Bd. 8, 3. Auflage, Dudenverlag, Mannheim (u.a.), 2004, S. 501.

²⁵³ Vgl. Art. 52(4) der AF-Regeln sowie 1136(1) des NAFTA-Abkommens.

sind und dass jeder Fall im Lichte seiner besonderen Umstände zu behandeln ist.²⁵⁴ Das Fehlen einer Positivierung der Bindung an vormalige Judikatur bedeutet jedoch nicht, dass die Rechtsprechung eines Gerichtssystems sich programmlos entwickelt oder dass die vorherige Rechtsprechung unberücksichtigt bleibt. In der Praxis verweisen sowohl die Staaten als auch die Investoren in ihren Anträgen und Erwidern auf die vergangenen ICSID-Schiedssprüche. Ebenso die ICSID-Tribunale, die „trotz des Fehlens einer Bindung an Präjudizien“ auf vergangene Entscheidungen zurückgreifen und in der Regel ein differenzierendes Urteil zumindest rechtstechnisch von früheren Schiedssprüchen zu unterscheiden versuchen.²⁵⁵ Aus diesem Grund werden die früheren Schiedssprüche in der Literatur als „de facto“ oder „soft precedents“ charakterisiert.²⁵⁶

Die Notwendigkeit der einheitlichen Entwicklung der Rechtsprechung wird sowohl auf nationaler als auch auf völkerrechtlicher Ebene beachtet, unabhängig von der Anerkennung der Doktrin des stare decisis. Der Bundesfinanzhof der Bundesrepublik Deutschland führte zum Beispiel aus, dass die Stetigkeit der Rechtsprechung als ein wesentliches Element der Rechtssicherheit im Sinne der Voraussehbarkeit der Beurteilung bestimmter Vorgänge ein Rechtsgut von hohem Rang sei und demzufolge eine Abweichung nur dann zulässig sei, wenn schwerwiegende sachliche Erwägungen dafür sprechen.²⁵⁷ Der IGH hat sich seinerseits wie folgt geäußert:²⁵⁸

„Thus the justice of which equity is an emanation, is not abstract justice but justice according to the rule of law: which is to say that its application should display consistency and a degree of predictability[.]“

In ähnlicher Weise führte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte aus:²⁵⁹

²⁵⁴ Vgl. z. B. Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, Decision on Jurisdiction (Ancillary claim), 02.08.2004, Rn. 25, abrufbar unter <http://www.worldbank.org/icsid/cases/enron-decision-en.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007). Für eine Darstellung der die Behandlung von Präjudizien betreffende ICSID-Rechtsprechung siehe Christoph Schreuer, Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration, TDM Vol. 3 (April 2006), S. 10-15.

²⁵⁵ Siehe z. B. Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, Award, 23.09.2003, Rn. 102, abrufbar unter http://www.worldbank.org/icsid/cases/Award_Total.pdf (zuletzt besucht am 13.09.2007).

²⁵⁶ Judith Gill, Inconsistent Decisions: An Issue to be Addressed or a Fact of Life?, in: British Institute of International and Comparative Law's Investment Treaty Forum, Appeals and Challenges to Investment Treaty Awards: Is it Time for an International Appellate System?, TDM Vol. 2 (April 2005), S. 12 (14).

²⁵⁷ BFHE 78, 315 (319-320) vom 13.11.1963.

²⁵⁸ Continental Shelf, (Libyan Arab Jamahira v. Malta), Judgment, 03.06.1985, ICJ Rep. 1985, S. 13 (39), Rn. 45 (Hervorgehoben vom Verfasser).

²⁵⁹ Stafford v. United Kingdom, Judgment, 28.05.2002, Rn. 68, abrufbar unter <http://cmiskp.echr.coe.int/> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

„While the Court is not formally bound to follow any of its previous judgments, it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart, without cogent reason, from precedents laid down in previous cases.“

Im ICSID-Kontext erklärte ferner das Tribunal im Falle SGS-Philippinen:²⁶⁰

„[D]ifferent tribunals constituted under the ICSID system should in general seek to act consistently with each other [.]“

Die Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung als Pflicht für die ICSID-Schiedsgerichte bezeichnend und an sich als Ausprägung der „Rule of Law“ charakterisierend wies 2007 das ICSID-Schiedsgericht im Verfahren Saipem darauf hin:²⁶¹

„The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law.“

Die Harmonie der Rechtsprechung dient also der Vertrauenswürdigkeit und der Stabilität jedes Gerichtssystems.²⁶² Mangel an Homogenität stellt seine Legitimität in Frage.²⁶³

Eine berechenbare Rechtsprechung markiert außerdem die Erwartungen und die Handlungsspielräume der Staaten und der Investoren.²⁶⁴ Somit sind die Investoren einerseits imstande, das Risiko ihres Investitionsvorgehens genauer einzuschätzen und es zu minimieren. Andererseits werden die zulässigen Grenzen staatlicher Regulierungsmaßnahmen gekennzeichnet und wird den nationalen Gerichten und der Gesetzgebung ein Leitfaden zur

²⁶⁰ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, Decision on jurisdiction, 20.01.2004, Rn. 97, abrufbar unter <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

²⁶¹ Saipem S.p.A. v. Republic of Bangladesh, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21.03.2007, Rn. 67, abrufbar unter <http://ita.law.uvic.ca/documents/Saipem-Bangladesh-Jurisdiction.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

²⁶² Vgl. Christian Tams, An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure, in: Christian Tietje/Gerhard Kraft/Rolf Sethe (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 57, Juni 2006, S. 17-18; Nigel Blackaby, Testing the Procedural Limits of the Treaty System: The Argentinean Experience, in: British Institute of International and Comparative Law's Investment Treaty Forum (Fn. 256), S. 16 (19).

²⁶³ Vgl. Thomas Franck, The Power of Legitimacy among Nations, Oxford University Press, New York (u.a.), 1990, S. 153.

²⁶⁴ Vgl. Susan Franck, The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties have a Bright Future?, U.C. Davis Journal of International Law and Policy, Vol. 12 (2005), S. 47 (67).

Verfügung gestellt. Hinzu kommen auch verfahrensökonomische Aspekte. Denn eine berechenbare Rechtsprechung kann die Möglichkeit der Einleitung eines missbräuchlichen „without privity“-Schiedsverfahrens gegen den Gaststaat verringern und verhindern, dass Verfahrenskosten, deren Höhe nicht unerheblich ist, anfallen.²⁶⁵

Neben den systeminternen sind auch die völkerrechtlichen Auswirkungen einer harmonischen Investitionsjudikatur von Bedeutung. Man sollte sich daher einige Ereignisse ins Gedächtnis rufen. Im Jahre 1970 stellte der Internationale Gerichtshof im Falle Barcelona Traction fest,²⁶⁶ dass es überraschend („surprising“) erscheine, dass das Investitionsrecht sich nicht fortentwickelt habe und dass sich keine allgemein anerkannten Regeln auf völkerrechtlicher Ebene herauskristallisiert hätten. Der Grund dafür war nach der Auffassung des Weltgerichts, dass das internationale Investitionsrecht bilaterale Verhältnisse von Staaten betrifft, die mittels diplomatischen Schutzes zu gewährleisten sind. Demnach hinge die Entwicklung eines „Regelwerkes“ von der Einigung der betroffenen Staaten ab. Drei Jahre früher, 1967, kurz nach der Verabschiedung des ICSID-Übereinkommens, erklärte der Initiator des ICSID-Projektes und damalige Generalsekretär des ICSID-Zentrums in einer der ersten Veröffentlichungen zur Frage des durch die ICSID-Tribunale anzuwendenden Rechtes, die Bedeutung von Art. 42 liege darin, dass er den Weg für die ICSID-Schiedsgerichte freimache, Urteile über Fragen des materiellen Rechts zu erlassen und zur Weiterentwicklung des Völkerrechts beizutragen.²⁶⁷ Heutzutage wird der Investor durch Investitionsschutzabkommen und vor allem durch die BITs geschützt. Man bezeichnet die gegenwärtige Ära des Investitionsschutzes als „BIT-Generation“²⁶⁸ und die Proliferation der Investitionsschutzabkommen als „Treatification“²⁶⁹ des Investitionsrechts. Die Tatsache, dass in den Investitionsschutzabkommen zu Gunsten einer unbestimmten Anzahl von Investoren die Möglichkeit eingeräumt wird, eine Investitionsstreitigkeit mit dem jeweiligen Gaststaat einseitig vor die ICSID-Tribunale zu bringen, wenn die Investoren sich in ihren „BIT-Grundrechten“ verletzt fühlen, kann als ein „Recht auf Verfahren“ zum Schutze der Investition angesehen werden, das wohl mit einer Individualbeschwerde i.S.v. Art. 34 EMRK i.V.m. Art. 1 ZP I (Schutz des Eigentums) vergleichbar ist.²⁷⁰ Übt der Investor sein „Recht“ aus, dann wenden die ICSID-Tribunale zusammen mit den Bestimmungen der Investitionsschutzabkommen in erster Linie Völkergewohnheitsrecht und allgemeine

²⁶⁵ Vgl. Franck, ebenda, S. 58.

²⁶⁶ Barcelona Traction (Fn. 38), S. 3 (47), Rn. 89.

²⁶⁷ Broches (Fn. 211), S. 184.

²⁶⁸ Reisman/Sloan (Fn. 131), S. 115.

²⁶⁹ Jeswald Salacuse, The Treatification of International Investment Law: A Victory of Form over Life? A Crossroads Crossed?, TDM Vol. 3 (June 2006), S. 1 (4).

²⁷⁰ Vgl. Paulsson (Fn. 103), S. 256, Fußnote 48.

Rechtsgrundsätze an, wobei darüber hinausgehend das internationale Recht die *lex fori* der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit bildet. Die ICSID-Tribunale werden aber nicht nur vom Völkerrecht angereichert, sondern gemäß Art. 38(1)d des IGH-Statuts reichern sie selbst mit ihren Schiedssprüchen das Völkerrecht an.²⁷¹ Geschieht dies in homogener Weise, dann führt die Interpretation der sich weitgehend ähnelnden Vorschriften der Investitionsschutzabkommen sowie die Identifikation und Konkretisierung von völkergewohnheitsrechtlichen Regeln und allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Schaffung eines *corpus juris* des internationalen Investitionsrechts.²⁷² Mit anderen Worten wird das internationale Investitionsrecht durch eine einheitliche Rechtsprechung der in diesem Bereich führenden Institution in judikativer Weise „verfasst“.

Die Aufgabe lautet nun, zu untersuchen, ob das ICSID-System derart ausgestaltet ist, dass es eine konsistente Rechtsprechung garantieren kann.

B. Präventive Homogenitätssicherung

Unter präventiver Homogenitätssicherung versteht man die Mechanismen, die, ohne in die Pathologie der Schiedssprüche einzugreifen, eine einheitliche Rechtsprechung mit Ex-nunc-Wirkung gewährleisten können.

1. Gemeinsame Interpretationserklärungen und verbindliche Interpretationen

Einige bilaterale Investitionsschutzabkommen enthalten Klauseln, wonach die Vertragsparteien nicht bindende Interpretationserklärungen hinsichtlich der Auslegung oder der Anwendung des jeweiligen BIT verabschieden können.²⁷³ Zum Beispiel sieht Art. 9 des bilateralen Investitionsschutzabkommens zwischen den Niederlanden und der Tschechischen Republik vor, dass:²⁷⁴

„Either Contracting Party may propose the other Party to consult on any matter concerning the interpretation or application of the Agreement. The other Party shall accord sympathetic consideration to and shall afford adequate opportunity for such consultation.“

²⁷¹ Vgl. im Hinblick auf das Zusammenspiel zwischen Völkerrecht und WTO-Rechtsprechung Joost Pauwelyn, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?*, *AJIL* Vol. 95 (2001), S. 535 (578), zitiert in: Rosalyn Higgins, *The ICJ, the ECJ, and the Integrity of International Law*, *ICLQ* Vol. 52 (2003), S. 1 (17).

²⁷² Vgl. Weil (Fn. 199), S. 414.

²⁷³ Schreuer (Fn. 254), S. 18.

²⁷⁴ Vom 29.04.1991, abrufbar unter http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/czech_netherlands.pdf (zuletzt besucht am 13.09.2007).

In dem Verfahren CME v. Czech Republic vom 14.03.2003, das außerhalb des ICSID-Systems nach den UNCITRAL-Regeln durchgeführt wurde, rief die Tschechische Republik gemäß der obigen Vorschrift das Königreich Niederlande zu Konsultationen an, weil das Teilurteil des UNCITRAL-Schiedsgerichts, so die tschechische Regierung, nicht im Einklang mit dem vorliegenden BIT stehe.²⁷⁵ Die Niederlande und die Tschechische Republik nahmen drei Gemeinsame Standpunkte (Common Positions) in Bezug auf die seitens der Regierung des letztgenannten Staates geltend gemachten Interpretationsprobleme an, welche vom Tribunal als „seine Auffassung befürwortend“ berücksichtigt wurden.²⁷⁶

Die neuesten bilateralen Investitionsschutzabkommen, wie Art. 30(3) des U.S.-Mustervertrages von 2004, sehen ferner verbindliche Auslegungserklärungen bezüglich der Anwendung und der Interpretation ihrer Bestimmungen durch die jeweiligen Staatsparteien vor.²⁷⁷ Der kanadische Mustervertrag von 2004 entfaltet darüber hinausgehend einen eher institutionalisierten Charakter, indem gemäß Art. 40(2) i.V.m. Art. 51 des Mustervertrages die verbindlichen Interpretationen durch eine Kommission, die aus Ministern der Staatsparteien oder deren Beauftragten besteht, vorgenommen werden.²⁷⁸ Sowohl der amerikanische als auch der kanadische Mustervertrag betonen neben der Bindung der Tribunale an solche Auslegungen die Tatsache, dass die Schiedssprüche der Schiedsgerichte im Einklang mit den jeweiligen Interpretationserklärungen stehen müssen. Hervorzuheben ist, dass beide Musterverträge und insbesondere der kanadische nach dem Vorbild von Art. 1131(2) i.V.m. Art. 2001 des NAFTA-Abkommens konstruiert sind, wonach die sich aus Regierungsmitgliedern von Kanada, Mexiko und den Vereinigten Staaten zusammengesetzte „Free Trade Commission“ (FTC) in verbindlicher Weise über die Auslegung der Vorschriften des NAFTA-Abkommens entscheidet. Hier soll angemerkt werden, dass die verbindlichen Interpretationserklärungen der FTC Bestandteil anzuwendenden Rechts sind²⁷⁹ und durch die gemäß dem 11. Kapitel gebildeten Schiedsgerichte als spätere Übereinkünfte i.S.v. Art. 31(3)a WVK qualifiziert werden.²⁸⁰

²⁷⁵ CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic, Final Award, Rn. 87, abrufbar unter <http://www.investmentclaims.com/decisions/CME-Czech-FinalAward-14Mar2003.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

²⁷⁶ Ebenda, Rn. 437.

²⁷⁷ Abrufbar unter

http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf#search=%22US%20MODEL%20BIT%22 (zuletzt besucht am 13.09.2007).

²⁷⁸ Abrufbar unter http://www.naftaclaims.com/files/Canada_Model_BIT.pdf (zuletzt besucht am 13.09.2007).

²⁷⁹ Der Titel des Art. 1131 NAFTA lautet „Governing Law“. Dazu Susan Franck, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions, Fordham Law Review, Vol. 73 (2005), S. 1521 (1604).

²⁸⁰ Vgl. den im Rahmen des NAFTA-Abkommens gemäß den UNCITRAL-Regeln am 03.08.2005 erlassenen Schiedsspruch Methanex Corporation v. United States of America, Teil II, Kapitel H, Rn. 23 sowie Teil IV,

Die verbindlichen wie die nicht bindenden Auslegungserklärungen können eine konsistente Rechtsprechung nur auf einer abkommensspezifischen Basis gewährleisten, wobei den Staaten oder den politischen Gremien, nämlich den Kommissionen, immer der Weg offen steht, die Entscheidungen der Tribunale zu beeinflussen, ohne die Interessen der Investoren zu berücksichtigen, die sich darüber hinaus auf bestimmte Versprechen oder Erwartungen haben verlassen können.²⁸¹ Es scheint demnach zweifelhaft, ob diese Methode geeignet ist, der Einheitlichkeit der ICSID-Rechtsprechung zuträglich zu sein. Außerdem spricht die Praxis der NAFTA-Vertragsparteien dafür, dass es sich um politisch motivierte und staatliche Interessen fördernde Interpretationen handelt.²⁸² Hinzu kommt, dass durch den Ausschluss der Teilnahme von Investoren ihre fundamentalen rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien nicht beachtet werden.²⁸³

Anzumerken ist auch, dass weder das ICSID-System noch das BIT-Netzwerk einen dem Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 234 EGV ähnelnden Mechanismus vorsehen, der die einheitliche Auslegung des innerstaatlich relevanten Gemeinschaftsrechts durch einen „vertikalen richterlichen Dialog“ zwischen EuGH und mitgliedstaatlichen Gerichten zu garantieren bezweckt.²⁸⁴ Im Gegensatz zu diesem gerichtlichen Verfahren, das von „unten nach oben“ läuft,²⁸⁵ ist in den Investitionsschutzabkommen ein politischer Mechanismus verankert, der von „oben nach unten“ abläuft und bei dem Initiator und Interpret die Vertragsparteien selbst sind. Die BIT-bezogene Politisierung des Interpretationsprozesses birgt folglich die Gefahr, die „Gleichzeitigkeit“ der Rechtsgrundsätze und der völkergewohnheitsrechtlichen Regeln in den Investitionsschutzabkommen in Frage zu stellen.

Kapitel C, Rn. 21, abrufbar unter <http://ita.law.uvic.ca/documents/MethanexFinalAward.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

²⁸¹ Vgl. Mark Friedman, Non-Party States' Efforts to Influence Ongoing Proceedings, in: British Institute of International and Comparative Law's Investment Treaty Forum (Fn. 256), S. 44, (47); Franck (Fn. 264), S. 94.

²⁸² Franck (Fn. 279), S. 1604; Friedman, ebenda, S. 47; Charles Brower II, Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter, VJTL Vol. 36 (2003), S. 37 (82).

²⁸³ Vgl. das Gutachten von Sir Robert Jennings im Methanex-Schiedsgerichtsverfahren, 06.09.2001, S. 5, abrufbar unter <http://naftaclaims.com/Disputes/USA/Methanex/MethanexResubAmendStateClaimAppend.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

²⁸⁴ Dazu Ingolf Pernice/Franz Mayer, Art. 220 EGV (20. Ergänzungslieferung August 2002), in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Bd. III, C.H. Beck Verlag, München, 2005, S. 13, Rn. 32; Rudolf Geiger, EUV/EGV, 4. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2004, S. 795, Rn. 1. Zu den rechtspolitischen Grundlagen der EG-Vorabentscheidung Christian Tomuschat, Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die europäischen Gemeinschaften, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin, 1964, S. 6-14 und insbesondere S. 13-14, wo die Funktion der Vorabentscheidung und ihre Vorteile gegenüber homogenitätssichernden Maßnahmen repressiven Charakters wie z. B. Revisions- oder Kassationsverfahren ausführlich dargelegt werden.

²⁸⁵ Vgl. auch den Kommentar von Thomas Wälde, in: British Institute of International and Comparative Law's Investment Treaty Forum (Fn. 256), S. 51, der mit ähnlicher Argumentation Art. 1128 NAFTA mit Art. 234 EGV kontrastiert.

2. Konsolidierung

Das Bedürfnis nach Sicherung einer einheitlichen Judikatur wird stärker, wenn es sich um zwei oder mehrere ICSID-Schiedsverfahren handelt, welche die gleichen Rechtsfragen betreffen oder sich aus demselben Sachverhalt ergeben. Dies gilt umso mehr, als einige bilaterale Investitionsschutzabkommen - und vor allem die gefestigte ICSID-Rechtsprechung - ohne weiteres den Aktionären das Recht einräumen, eine Klage vor ICSID-Tribunalen unabhängig von dem betroffenen Unternehmen und gleichgültig, ob sie Minderheits- oder Mehrheitsaktionäre sind, oder ob sie Unternehmenskontrolle ausüben, zu erheben.²⁸⁶ Demnach können auf der Basis ein und derselben staatlichen Maßnahme so viele Verfahren eingeleitet werden, wie es Aktionäre gibt.²⁸⁷ Die Unternehmen sind zudem in der Lage, ihre Transaktionen und Gesellschaftsstrukturen so zu gestalten, dass sie aus demselben Sachverhalt mehrfach vorgehen können.²⁸⁸ Die bei solchen Situationen bestehende Gefahr divergierender Schiedssprüche kann wohl durch eine gemeinsame Anhörung der Fälle und gegebenenfalls durch den Erlass eines gemeinsamen Schiedsspruchs verringert werden.²⁸⁹

Artikel 1126 des NAFTA-Abkommens, dessen Titel Konsolidierung („Consolidation“) lautet, sieht dementsprechend die Einrichtung eines „Obergerichtes“, das nach den UNCITRAL-Regeln verfährt, für die Behandlung von Klagen vor, die eine gemeinsame Rechts- oder Tatsachenfrage aufweisen. Erklärt sich das Konsolidierungsgericht nach Anhörung aller Streitparteien für zuständig, dann sind die ursprünglichen Tribunale nicht mehr befugt, über die jeweiligen Streitigkeiten zu entscheiden.²⁹⁰ Anders als im Fall der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, bei der eine Konsolidierung der Einigung aller Parteien

²⁸⁶ Dazu ausführlich Alexandrov (Fn. 106), S. 27-33 sowie Happ (Fn. 160), S. 26-27.

²⁸⁷ Carlos Ignacio Suarez Anzorena, Multiplicity of Claims under BITs and the Argentine Case, in: British Institute of International and Comparative Law's Investment Treaty Forum (Fn. 256), S. 20 (23).

²⁸⁸ Julian Lew, ICSID Arbitration: Special Features and Recent Developments, in: Horn (Fn. 17), S. 267 (281).

²⁸⁹ Schöbener/Markert (Fn. 59), S. 111. Das erste Beispiel offenkundig widersprüchlicher Schiedssprüche im Investitionsbereich bilden die Fälle CME/Lauder gegen die Tschechische Republik. Das erste Verfahren wurde von dem U.S.-amerikanischen Staatsangehörigen Lauder nach Maßgabe des zwischen den Vereinigten Staaten und der Tschechischen Republik abgeschlossenen BIT gemäß den UNCITRAL-Regeln in London eingeleitet. Kurz danach leitete das CME Unternehmen ein Schiedsverfahren nach den UNCITRAL-Regeln auf der Basis des bilateralen Investitionsschutzabkommens zwischen dem Königreich Niederlande und Tschechien in Stockholm ein. Trotz desselben Sachverhalts sowie der Anhörung derselben Zeugen und Anwälte sind beide Tribunale zu unterschiedlichen Ergebnissen gekommen. Während das Londoner Schiedsgericht den Anspruch von Lauder auf Entschädigung zurückwies, sprach das Stockholmer Schiedsgericht dem CME-Unternehmen eine enorme Entschädigung zu. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass die Problematik widersprüchlicher Schiedssprüche verschiedener Schiedsinstitutionen nicht näher behandelt wird, da sich die vorliegende Arbeit ausschließlich mit der Frage der Homogenität/Heterogenität der Judikatur der ICSID-Tribunale befasst. Zu den CME/Lauder-Verfahren und zu den diesbezüglichen Homogenitätssichernden Mechanismen und Vorschlägen ausführlich How to Avoid Conflicting Awards-The Lauder und CME Cases, JWIT Vol. 5 (2004), S. 7 ff.

²⁹⁰ Siehe den achten und neunten Absatz von Art. 1126 NAFTA.

bedarf,²⁹¹ setzt Art. 1126 des NAFTA-Abkommens bloß einen Antrag einer der Streitparteien voraus. Diese Abweichung von dem konsensualen Charakter der Konsolidierung stellt einen entscheidenden Schritt in Richtung Institutionalisierung der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit²⁹² und Sicherung der homogenen Rechtsentwicklung innerhalb des trilateralen Rahmens des NAFTA-Abkommens dar, zumal nach dessen Art. 1126(2) ein Konsolidierungsverfahren „im Interesse der fairen und effizienten Beschlussfassung“ anzuordnen ist. Ähnliche Vorschriften enthalten der amerikanische und der kanadische Mustervertrag von 2004.²⁹³

Im Gegensatz zum NAFTA-Abkommen sind weder im ICSID-Übereinkommen noch in den AF-Regeln Konsolidierungsvorschriften niedergelegt. Um eine inkonsistente Rechtsprechung zwischen den verschiedenen ICSID-Schiedsgerichten zu vermeiden, hat daher das ICSID-Sekretariat den Streitparteien oftmals vorgeschlagen, die gleichen Schiedsrichter zu ernennen.²⁹⁴ Außerdem haben sich in manchen Fällen die Streitparteien selbst in konsensualler Weise auf eine Konsolidierung geeinigt.

Bei der Einleitung des Verfahrens Salini gegen Marokko²⁹⁵ zum Beispiel war sich das ICSID-Sekretariat der Tatsache bewusst, dass gleichzeitig andere italienische Investoren, gestützt auf dasselbe bilaterale Investitionsschutzabkommen sowie auf ähnliche rechtliche und faktische Hintergründe, Schiedsverfahren gegen das Königreich von Marokko initiiert hatten. Vor der Zusammensetzung des Salini-Schiedsgerichts empfahl daher das Sekretariat beiden italienischen Klägern und dem Königreich von Marokko, die gleichen Schiedsrichter zu ernennen.²⁹⁶ Obwohl zwei verschiedene Verfahren stattgefunden hatten und dementsprechend zwei verschiedene Schiedssprüche ergangen sind, hat diese pragmatische Lösung das Risiko inkonsistenter Rechtsprechung verringert.²⁹⁷

Das kennzeichnende Paradigma von Parallelverfahren, die auf denselben staatlichen Maßnahmen beruhen, bilden die der argentinischen Wirtschaftskrise zufolge eingeleiteten Schiedsverfahren. Die Argentinische Republik schloss in den neunziger Jahren zahlreiche BITs im Rahmen ihrer Wirtschaftsreform und der dazugehörigen Privatisierung der

²⁹¹ Emmanuel Gaillard, *The Consolidation of Arbitral Proceedings and Court Proceedings*, in: ICC International Court of Arbitration Bulletin-Complex Arbitrations: Perspectives on their Procedural Implications, ICC Publishing, Paris, 2003, S. 35 (39).

²⁹² Delaume (Fn. 99), S. 170.

²⁹³ Siehe Art. 33 des U.S.-amerikanischen und Art. 32 des kanadischen Mustervertrages. Dazu ausführlich Antonio Crivellaro, *Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes*, LPICT Vol. 4 (2005), S. 371 (404-405).

²⁹⁴ Obadia, (Fn. 115), S. 4.

²⁹⁵ *Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, 23.07.2001, ILM Vol. 42 (2003), S. 609 ff.

²⁹⁶ Crivellaro (Fn. 293), S. 385.

²⁹⁷ Vgl. Crivellaro (Fn. 293), S. 385-386.

Daseinsvorsorge ab, ein Prozess, der als „BIT-Mania“ bezeichnet wurde.²⁹⁸ Im Januar 2002 erließ Argentinien angesichts der Erklärung öffentlichen Notstandes eine Reihe von Gesetzen und Verordnungen, die das bestehende Investitionsvertragsregime, nach dem unter anderem die Entgelte für die entsprechenden öffentlichen Dienstleistungen in U.S. Dollar festgelegt waren und seinen Inflationsentwicklungen angepasst wurden, suspendierten.²⁹⁹ Dies zusammen mit der Entkoppelung des Pesos vom U.S. Dollar, also die sogenannte Pesifizierung, welche eine dramatische Abwertung des Pesos auslöste, führte zur Einleitung von zahlreichen Schiedsverfahren gegen Argentinien. Seit dieser Zeit ermutigt daher das ICSID-Sekretariat die Streitparteien, dieselben Schiedsrichter zu ernennen, und unterstützt, wo es möglich ist, den Abschluss von Konsolidierungsvereinbarungen zwischen sektornahen Investoren und Argentinien.³⁰⁰

Da nun das ICSID-Schiedsgerichtssystem über keine Konsolidierungsvorschriften verfügt, hat das Sekretariat die oben dargelegten Ad-hoc-Lösungen gefunden. Hervorzuheben ist, dass, anders als Art. 1126 des NAFTA-Abkommens, der die Möglichkeit einer Konsolidierung auch für Verfahren, welche nur die gleiche Rechtsfrage zum Gegenstand haben, ausdrücklich festlegt, die De-facto-Konsolidierung im Rahmen des ICSID-Systems sich auf gemeinsame rechtliche Fragen bezieht, soweit sie sich aus einem im wesentlichen gleichen Sachverhalt ergeben. Ferner sollte man nicht übersehen, dass die De-facto-Konsolidierung ohne weiteres konsensualer Natur ist. Somit kann jede Partei nach Belieben die Abgabe ihrer Einwilligung verweigern.³⁰¹ Konsolidierungsvorschriften sind des weiteren in einer sehr geringen Anzahl von bilateralen Investitionsschutzabkommen normiert, und eine etwaige Einführung solcher Bestimmungen in die bestehenden BITs scheint deshalb unrealistisch, weil sie deren Ergänzung und Neuverhandlung voraussetzt.³⁰²

C. Repressive Homogenitätssicherung durch die ICSID-Rechtsmittel

Nachdem das ICSID-Tribunal im Verfahren SGS-Philippinen aus dem Jahre 2004 betonte, dass es auf völkerrechtlicher Ebene keine Doktrin des stare decisis gebe, führte es im Hinblick

²⁹⁸ Anzorena (Fn. 287), S. 20.

²⁹⁹ Christian Tietje, Die Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht: Staatsanleihen und Staateninsolvenz, in: Christian Tietje/Gerhard Kraft/Rolf Sethe (Fn. 262), Heft 37, Februar 2005, S. 8.

³⁰⁰ Blackaby (Fn. 262), S. 18 f.

³⁰¹ Vgl. Lew (Fn. 288), S. 281. Zu Nachteilen der Konsolidierung Crivellaro (Fn. 293), S. 410.

³⁰² Katia Yannaca-Small, Improving the System of Investor – State Dispute Settlement: An Overview, OECD Working Papers on International Investment, Nr. 2006/1, February 2006, S. 25.

auf die Beurteilung von Rechtsfragen, die bereits von einem früheren Tribunal im Verfahren SGS-Pakistan in ähnlichem faktischen Kontext behandelt wurden, folgendes aus:³⁰³

„It must be initially for the control mechanisms provided for under the BIT and the ICSID Convention, and in the longer term for the development of a common legal opinion or *jurisprudence constante*, to resolve the difficult legal questions discussed by the SGS v. Pakistan Tribunal and also in the present decision.“

Folgerichtig stellt sich die Frage, ob die Kontrollmechanismen des ICSID-Übereinkommens derart in die Pathologie von Schiedssprüchen eingreifen, dass sie eine konsistente Rechtsprechung garantieren können.

Die ICSID-Rechtsmittel sind im fünften Abschnitt des sechsten Kapitels des ICSID-Übereinkommens niedergelegt, dessen Titel „Auslegung des Schiedsspruchs (Art. 50), Wiederaufnahmeverfahren (Art. 51) und Aufhebung des Schiedsspruchs“ (Art. 52) lautet. Hinzu kommt das im vierten Abschnitt desselben Kapitels verankerte Ergänzungs- und Korrekturverfahren (Art. 49(2)), welches bloß gegen versehentliche Unterlassungen und unwesentliche technische Fehler gerichtet ist. Trotz seiner Kontrollfunktion kann es daher definitionsgemäß weder eine homogenitätssichernde Funktion entwickeln, noch ist es als ein Rechtsmittel im eigentlichen Sinne zu qualifizieren, da die erlassene Entscheidung im Gegensatz zu denjenigen der übrigen ICSID-Kontrollmechanismen immer Bestandteil des angefochtenen Schiedsspruchs ist und keine aufschiebende Wirkung gegenüber der Vollstreckung eines Schiedsspruchs entfalten kann.³⁰⁴

1. Auslegungs- und Wiederaufnahmeverfahren

Gemäß Artikel 50 des ICSID-Übereinkommens können sowohl der Investor als auch die staatliche Partei unbefristet an den Generalsekretär einen schriftlichen Antrag auf Auslegung eines Schiedsspruchs richten, wenn zwischen ihnen eine Streitigkeit über den Sinn oder die Tragweite dieses Schiedsspruchs entsteht. Das Auslegungsverfahren dient der Klarstellung des Inhalts eines Schiedsspruchs.³⁰⁵ Verfahrensgegenstand ist nur die Auslegungsfrage, also wie das Schiedsgericht seinen Schiedsspruch gemeint hat.³⁰⁶ Da das

³⁰³ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, Decision on jurisdiction, 20.01.2004, Rn. 97, abrufbar unter <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

³⁰⁴ Broches (Fn. 189), S. 683, Rn. 74.

³⁰⁵ Vgl. das erste ICSID-Auslegungsverfahren Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, Decision on the Application by Wena Hotels Ltd. for Interpretation of the Arbitral Award dated December 8, 2000, 31.10.2005, Rn. 103, abrufbar unter <http://www.asil.org/pdfs/ilib/ilib0512011.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

³⁰⁶ Pirrung (Fn. 44), S. 170.

Auslegungsschiedsgericht nicht darauf hinweist, wie das frühere Schiedsgericht hätte entscheiden müssen,³⁰⁷ bleibt jede rechtliche Würdigung des letzteren unberührt.³⁰⁸

Wird den Parteien eine Tatsache bekannt, die geeignet ist, den Schiedsspruch entscheidend zu beeinflussen, dann kann nach Art. 51 des ICSID-Übereinkommens jede von ihnen binnen 90 Tagen nach Bekanntwerden einer solchen Tatsache und spätestens innerhalb von drei Jahren nach Erlass des Schiedsspruchs ein Wiederaufnahmeverfahren beantragen. Dies setzt voraus, dass die Tatsache dem Gericht oder der antragstellenden Partei vor Erlass des Schiedsspruchs unbekannt war und die Unkenntnis der antragstellenden Partei nicht auf Fahrlässigkeit beruhte. Die durch das Wiederaufnahmeverfahren vorgenommene Modifikation des Schiedsspruchs basiert ausschließlich auf der Entdeckung von neuen entscheidenden Fakten. Nur insofern können die in dem Schiedsspruch behandelten Rechtssachen verändert werden.³⁰⁹ Ansonsten werden die rechtlichen Wertungen des Schiedsspruchs nicht angetastet.³¹⁰

Bei diesen „post award remedies“ sind somit Eingriffe in die rechtliche Pathologie eines Schiedsspruches, und demzufolge die darauf beruhende repressive homogenitätssichernde Wirkung, ausgeschlossen, da sie das Ziel verfolgen, entweder den Schiedsspruch klarzustellen oder seine Tatsachengrundlage zu ändern bzw. zu ergänzen.

2. Aufhebungsverfahren

Das einzige Rechtsmittel zur Beseitigung eines ICSID-Schiedsspruchs ist die Aufhebung gemäß Artikel 52 des ICSID-Übereinkommens. Im Gegensatz zu den Auslegungs- und Wiederaufnahmeverfahren, welche, sofern es möglich ist, von dem ursprünglichen Schiedsgericht durchgeführt werden, entscheidet über die Aufhebung eines Schiedsspruchs ein Ad-hoc-Komitee, dessen drei Mitglieder von dem Vorsitzenden des Verwaltungsrates ernannt werden, der ex officio der Präsident der Weltbank ist.³¹¹ Der Ausschluss der Beteiligung der Streitparteien an der Bildung des Ad-hoc-Komitees sowie die strengen Bedingungen, welchen nach Art. 52(3) die Zusammensetzung des Aufhebungskomitees unterliegt,³¹² dienen der Objektivität und dem neutralen Ausgang des drastischsten der

³⁰⁷ Wena Hotels v. Egypt (Fn. 305), Rn. 104.

³⁰⁸ Vgl. Reed/Paulsson/Blackaby (Fn. 70), S. 98; Broches (Fn. 40), S. 232.

³⁰⁹ Schreuer (Fn. 87), S. 873-874; Roderic Pagel, Die Aufhebung von Schiedssprüchen in der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit, Peter Lang, Frankfurt am Main (u.a.), 1999, S. 34; Aron Broches, Observations on the Finality of ICSID-Awards (1991), in: Selected Essays (Fn. 40), S. 295 (297).

³¹⁰ Vgl. Broches, ebenda, S. 298; Pirrung (Fn. 44), S. 171-172; Pagel, ebenda, S. 34.

³¹¹ Broches, ebenda, S. 307.

³¹² Der zweite Satz von Art. 52(3) lautet: „Die Mitglieder dieses Ausschusses dürfen weder Mitglied des Gerichts gewesen sein, das den Schiedsspruch erlassen hat, noch die gleiche Staatsangehörigkeit besitzen wie ein Mitglied des Gerichts, noch die Staatsangehörigkeit des Staates, der Streitpartei ist, oder des Staates, dessen

Kontrollmechanismen des ICSID-Systems.³¹³ Ähnlich wie die ICSID-Panels wird das Ad-hoc-Komitee für jeden Aufhebungsantrag neu konstituiert. Der Aufhebungsantrag ist grundsätzlich innerhalb von 120 Tagen nach Erlass des anzufechtenden Schiedsspruchs an den Generalsekretär zu stellen.³¹⁴ Hinzuzufügen ist, dass die Ernennungsvoraussetzungen des Art. 52(3) das Bestreben des Verwaltungsratsvorsitzenden erschweren, die gleichen Aufhebungsschiedsrichter zu ernennen, um dadurch die einheitliche Entwicklung des Aufhebungsfallrechts zu sichern.³¹⁵

Das Ad-hoc-Komitee hat gemäß Art. 52(1) die Befugnis, nach seinem Ermessen³¹⁶ einen Schiedsspruch aus einem oder mehreren der folgenden abschließend aufgelisteten Gründe aufzuheben:

- a. „nicht ordnungsgemäße Bildung des Gerichts,
- b. offensichtliche Überschreitung der Befugnisse des Gerichts,
- c. Bestechung eines Mitglieds des Gerichts,
- d. schwerwiegende Abweichung von einer grundlegenden Verfahrensvorschrift,
- e. Fehlen der Begründung des Schiedsspruchs.“

Auf den ersten Blick scheint es zweifelhaft, ob Fragen der Interpretation des Rechts oder Tatsachenfeststellungen unter einen der fünf Aufhebungsgründe subsumierbar sind. Hinzu kommt, dass eine solche Weigerung ausdrücklich in Artikel 53 des Übereinkommens ihren Niederschlag gefunden hat. Demnach darf das Ad-hoc-Komitee die Rolle eines Berufungsgerichts nicht übernehmen. Dass heißt, dass die materielle Richtigkeit eines Schiedsspruchs, also die korrekte Anwendung und Interpretation des Rechtes sowie die Feststellung von Fakten, nicht der Kontrolle des Aufhebungskomitees unterliegen.³¹⁷ Desgleichen kann das Aufhebungskomitee einen Schiedsspruch weder abändern noch ersetzen. Wird ein Schiedsspruch ganz oder teilweise aufgehoben, dann ist gemäß Art. 52(6) ICSID-Üb. die Streitigkeit auf Antrag einer der Parteien einem neu zu bildenden ICSID-Panel zu unterbreiten und erneut zu verhandeln. Das Ad-hoc-Komitee kann nämlich einen

Angehöriger Streitpartei ist, besitzen, noch von einem dieser Staaten für das Schiedsrichterverzeichnis benannt worden sein, noch das Amt eines Vermittlers in der gleichen Sache ausgeübt haben.“

³¹³ Schreuer (Fn. 87), S. 1014, Rn. 346.

³¹⁴ Vgl. Art. 52(2) ICSID-Üb.

³¹⁵ Broches (Fn. 309), S. 348; Ignaz Seidl-Hohenveldern, Die Aufhebung von ICSID-Schiedssprüchen, Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit, Bd. 3 (1989), S. 100 (115, 117); Schreuer (Fn. 87), S. 1014-1016.

³¹⁶ Mit weiteren Nachweisen auf die Praxis des Ad-hoc-Komitees Eric Schwartz, *Finality at What Cost? The Decision of Ad Hoc Committee in Wena Hotels v. Egypt*, in: Gaillard/Banifatemi (Fn. 215), S. 43 (48). Siehe auch die Aufhebungsentscheidung Vivendi (Fn. 203), S. 1149, Rn. 66. Kritisch zu dem Ermessen des Ad-hoc-Komitees bezüglich der Aufhebung Pagel (Fn. 309), S. 187-191.

³¹⁷ David Caron, *Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal*, ICSID Review/FILJ Vol. 7 (1992), S. 21 (24).

Schiedsspruch entweder bestätigen oder ihn wegen krassen Missbrauchs rechtstaatlicher Garantien eines ordentlichen Entscheidungsprozesses für nichtig erklären.³¹⁸ Dies reflektiert den Willen der Schöpfer des ICSID-Systems, einen Überprüfungsmechanismus beschränkter Natur für außergewöhnliche Situationen zu schaffen.³¹⁹ Somit wurde bei der Entstehung des Übereinkommens der Vorschlag, „offensichtlich fehlerhafte Anwendung des Rechtes“ als einen Aufhebungsgrund zu qualifizieren, mit 17 zu 8 Stimmen abgelehnt.³²⁰ Demgegenüber könne die Nichtanwendung des anzuwendenden Rechtes nach Art. 42 des Übereinkommens, so die Schöpfer der ICSID-Konvention, einen zulässigen Aufhebungsgrund und insbesondere eine „offensichtliche Überschreitung der Befugnisse des Gerichts“ nach Art. 52(1)b darstellen,³²¹ was aber nach dem heutigen Stand der die Anwendung des Völkerrechts betreffende ICSID-Rechtsprechung einen weitreichenden Rückgriff auf die internationale Rechtsordnung kaum aufhebungsfähig machen kann.³²²

Trotz der Tatsache, dass das Ad-hoc-Komitee in fast allen Aufhebungsverfahren betont hat, dass die Aufhebung gemäß Art. 52 der ICSID-Konvention keine Berufung sei und nicht gegen fehlerhafte Schiedssprüche gerichtet werde,³²³ ließen sich Inkonsistenzen in den ersten Aufhebungsentscheidungen erkennen. Insbesondere sind in den Entscheidungen Klöckner I³²⁴ und Amco I³²⁵ jeweils von 1985 und 1986 die abstrakten Aufhebungsgründe „offensichtliche Überschreitung der Befugnisse des Gerichts“ (52(1)b) und „Fehlen der Begründung des Schiedsspruchs“ (52(1)e) so weit interpretiert worden, dass das Ad-hoc-Komitee eine Überprüfung der materiellen Richtigkeit vorgenommen hat.³²⁶ Beide Aufhebungsentscheidungen sind demzufolge in der Literatur heftig kritisiert worden, da sie die Grenze zwischen Aufhebung und Berufung überschritten haben.³²⁷ Allerdings hat sich die Befürchtung, dass diese Entscheidungen, welche die sogenannte erste Generation des

³¹⁸ Broches (Fn. 309), S. 298; Franck (Fn. 279), S. 1547; Doak Bishop, The Case of an Appellate Panel and its Scope of Review, in: British Institute of International and Comparative Law's Investment Treaty Forum (Fn. 256), S. 8 (10).

³¹⁹ Broches (Fn. 309), S. 303 ff.

³²⁰ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States, Documents Concerning the Origins and the Formulation of the Convention, Vol. II, Washington D.C., 1968, S. 853-854.

³²¹ Ebenda, S. 851.

³²² Gaillard (Fn. 215), S. 238.

³²³ Für die relevanten Passagen siehe die Fundstellen bei Christoph Schreuer, Three Generations of ICSID Annulment Proceedings, in: Gaillard/Banifatemi (Fn. 215), S. 17 (17, Fußnote 1).

³²⁴ Klöckner v. Cameroon (Fn. 212), S. 95 ff.

³²⁵ Amco v. Indonesia (Fn. 212), S. 509 ff.

³²⁶ Tams (Fn. 262), S. 9.

³²⁷ Siehe z. B. Michael Reisman, The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration, Duke Law Journal (1989), S. 739 ff.; Mark Feldman, The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards, ICSID Review/FILJ, Vol. 2 (1987), S. 85 ff.; Elihu Lauterpacht, Aspects of the Administration of International Justice, Grotius Publications, Cambridge, 1991, S. 102-103.

Aufhebungsfallrechts darstellen,³²⁸ das ICSID-Schiedsgerichtssystem zu einem „Zusammenbruch“ führen könnten,³²⁹ nicht bewahrheitet. Denn die zweite Generation des Aufhebungsfallrechtes zwischen 1989 und 1992, namentlich die Entscheidungen *MINE*, *Klöckner II* und *Amco II*,³³⁰ ist durch eine engere Auslegung der Aufhebungsgründe gekennzeichnet.³³¹ Nach einem Jahrzehnt der Ruhe hat die dritte Generation des Aufhebungsfallrechts, also die Entscheidungen *Wena-Hotels* und *Vivendi* aus dem Jahre 2002,³³² jeden Zweifel daran beseitigt, dass das Aufhebungsverfahren rechtlich wie tatsächlich ein Kontrollmechanismus besonders beschränkter Reichweite ist, der fehlerhafte Rechtsanwendungen und Tatsachenfeststellungen nicht berühren kann.³³³ Die zweite und dritte Generation der ICSID-Aufhebungspraxis bestätigend führte 2005 das Ad-hoc-Komitee im Verfahren *CDC-Seychellen* folgendes aus:³³⁴

34. „[A]nnulment concerns the “‘legitimacy’ of the process of decision” rather than the “substantive correctness of decision.”

43. As the *ad hoc* Committee in *MINE* [with respect to Article 52(1)(b)] noted, “Disregard of the applicable rules of law must be distinguished from erroneous application of those rules which, even if manifestly unwarranted, furnishes no ground for annulment.”

70. It thus appears that the more recent practice among ad hoc Committees is to apply Article 52(1)(e) in such a manner that the Committee does not intrude into the legal and factual decision-making of the Tribunal.“

Im Ergebnis kann man die Schlussfolgerung ziehen, dass der tiefgreifendste Kontrollmechanismus des ICSID-Systems nicht imstande ist, die Homogenität der Rechtsprechung der ICSID-Tribunale zu gewähren, da fehlerhafte Tatsachenfeststellungen und vor allem die Richtigkeit der Anwendung oder der Interpretation des Rechts der Kontrolle des Ad-hoc-Komitees entgehen.

³²⁸ Zu der Einordnung des Aufhebungsfallrechts in „Generationen“ Schreuer (Fn. 323), S. 17-19.

³²⁹ Reisman (Fn. 327), S. 743 sowie S. 785-787.

³³⁰ *MINE v. Republic of Guinea*, Decision Partially Annuling the Award, 22.12.1989, ICSID Rep. Vol. 4 (1997), S. 79 ff.; *Amco v. Republic of Indonesia*, Decision for Annulment and Partial Annulment, 17.12.1992, ICSID Rep. Vol. 9 (2006), S. 3 ff. Die Aufhebungsentscheidung *Klöckner II* ist noch nicht veröffentlicht.

³³¹ Schreuer (Fn. 323), S. 18; Lörcher (Fn. 73), S. 19. Siehe auch Reisman (Fn. 52), S. 133: „The control mechanism appears to have been repaired and the ICSID experiment seems back on track.“

³³² *Wena Hotels v. Egypt* (Fn. 226), S. 933 ff.; *Vivendi Universal v. Argentina* (Fn. 203), S. 1135 ff.

³³³ Schreuer (Fn. 323), S. 19; Hans Van Houtte, Article 52 of the Washington Convention – A Brief Introduction, in: Gaillard/Banifatemi (Fn. 215), S. 11 (12); Kritisch zu der äußerst restriktiven Auslegung des Art. 52(1) durch das Aufhebungskomitee Schwartz (Fn. 316), S. 46 ff.

³³⁴ *CDC Group plc v. Republic of Seychelles*, Decision on Annulment, 29.06.2005, abrufbar unter <http://www.investmentclaims.com/decisions/CDC-Seychelles-Annulment-Decision.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

D. Bewertung

Es ist somit festzuhalten, dass das ICSID-Schiedsgerichtssystem - sowohl präventiv als auch repressiv - im Hinblick auf die Einheitlichkeit seiner Rechtsprechung gewährenden Mechanismen sehr schwach ausgestattet ist. Vielmehr ergibt sich aus den entstehungsgeschichtlichen Dokumenten der ICSID-Konvention, dass die Gefahr der Zersplitterung der Judikatur durch die Schiedssprüche der verschiedenen Panels nicht einmal erörtert wurde.

Dritter Teil: Prüfung der Homogenität der ICSID-Rechtsprechung

Es wurde bereits dargestellt, dass im bestehenden ICSID-Schiedsgerichtssystem das Bedürfnis nach Institutionalisierung der Kohärenz des Rechtsprechungsprozesses nicht wahrgenommen wurde. In diesem Teil soll grundsätzlich in selektiver Weise die Einheitlichkeit der ICSID-Judikatur bezüglich der Interpretation von gleichen beziehungsweise ähnlichen Bestimmungen der BITs sowie des ICSID-Übereinkommens selbst untersucht werden. In der folgenden Untersuchung wird also geprüft, welche Auslegungsmethoden die jeweiligen ICSID-Panels anwenden und inwiefern deren Anwendung sich als schlüssig erweist. Dies setzt seinerseits eine Einführung in das Regime der völkerrechtlichen Auslegungsmethodologie voraus, welche den Maßstab der durchzuführenden Prüfung bildet. Da die völkerrechtlichen Auslegungsregeln die Interpretation von völkerrechtlichen Verträgen betreffen, soll von diesem methodologischen Vorgehen dann abgewichen werden, wenn die Homogenitätsprüfung auf völkergewohnheitsrechtlichen Fragen gerichtet wird. Von zentraler Bedeutung für die durchzuführende Untersuchung wird weiterhin sein, ob die ICSID-Panels vergangene ICSID-Schiedssprüche berücksichtigen und inwiefern sie ihre Entscheidungen von früheren zum gleichen Gegenstand gefällten Schiedssprüchen differenzieren. Im Ergebnis soll gezeigt werden, dass die Entscheidungspraxis der jeweils im Einzelfall gebildeten Panels erhebliche institutionelle Schwächen aufweist. Man sollte allerdings auch nicht übersehen, dass es Bereiche in der ICSID-Rechtsprechung gibt, in denen keine Divergenzen zu verzeichnen sind.³³⁵

I. Prüfungsmaßstab: Das Auslegungssystem der Wiener Vertragsrechtskonvention

A. Rechtsnatur

Für lange Zeit wurde in der Völkerrechtslehre sowie in der gerichtlichen Praxis die Existenz und die Rechtsverbindlichkeit von Auslegungsregeln bestritten, denn die Interpretation wurde als spezifische juristische Kunst angesehen.³³⁶ Dieser Streit ist 1969 mit der Verabschiedung der Wiener Vertragsrechtskonvention und insbesondere mit ihrem Inkrafttreten im Jahre 1980 gegenstandslos geworden.³³⁷ Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, mithin auch des

³³⁵ Siehe z. B. Alexandrov (Fn. 106), S. 27-33, 40-45, 45-49.

³³⁶ Theodor Schweisfurth, Völkerrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, S. 173, Rn. 87.

³³⁷ Wolff Heintschel von Heinegg, in: Ipsen (Fn. 28), S. 141, Rn. 11.

ICSID-Übereinkommens und der BITs, verlangt danach ein rechtliches, vom Völkerrecht bestimmtes Vorgehen.³³⁸

Die rechtlich verbindlichen Auslegungsregeln sind in den Artikeln 31-33 WVK verankert und spiegeln nach überwiegender Auffassung geltendes Völkergewohnheitsrecht wider.³³⁹ Bei jeder Interpretation ist daher der jeweilige Interpret verpflichtet, diese Normen anzuwenden, welche eine bestimmte Auslegungsschrittfolge festlegen, die bei der „allgemeinen Auslegungsregel“ des Art. 31 WVK beginnt und danach auf die „ergänzenden Auslegungsmittel“ des Art. 32 WVK übergeht.³⁴⁰ Denn die Methode der Auslegung ist dasjenige Element, das die Wirkung einer rechtlichen Regelung bestimmt.³⁴¹ Es ist somit kein Zufall, dass sowohl die WTO-Panels als auch der IGH wiederholt betonen, dass sich die Auslegung an einer strikten Anwendung der WVK-Interpretationsregeln auszurichten habe.³⁴² Mit anderen Worten wird dadurch nicht nur deren gewohnheitsrechtlicher Status bestätigt; vielmehr wird den Streitparteien zugesichert, dass die Vertrauenswürdigkeit des Beilegungssystems außer Zweifel steht.³⁴³ Dies hängt auch damit zusammen, dass sich der Interpretationsprozess der WVK auf den objektiven Ansatz gründet.

B. Der objektive Ansatz

Vor der Verabschiedung der WVK war es umstritten, ob für die Interpretation völkerrechtlicher Verträge der subjektive Ansatz, also der Wille der Parteien, oder der Vertragstext selbst maßgebend sein sollte.³⁴⁴ Entscheidend für den subjektiven Ansatz ist die Erforschung des historischen Parteiwillens mittels Rückgriffs auf die Entstehungsgeschichte und auf die Umstände des Vertragsabschlusses.³⁴⁵ Diese Herangehensweise birgt die Gefahr willkürlicher Auslegungen, wenn bei zweifelhaften Vorschriften kein übereinstimmender Parteiwille identifizierbar ist, weil sie demzufolge auf Mutmaßungen und Unterstellungen zurückgreift.³⁴⁶ Hinzu kommt, dass solche Dokumente oftmals unvollständig sind oder

³³⁸ Santiago Torres Bernárdez, Interpretation of Treaties by the International Court of Justice following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaties, in: Gerhard Hafner/Gerhard Loibl (Ed.) (u.a.), *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Kluwer Law International, The Hague (u.a.), 1998, S. 721 (722).

³³⁹ Mit weiteren Nachweisen Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 24), S. 640.

³⁴⁰ Schweisfurth (Fn. 336), S. 174, Rn. 88.

³⁴¹ Jan Klabbers, *International Legal Histories: The Declining Importance of Travaux Préparatoires in Treaty Interpretation?*, NILR Vol. 50 (2003), S. 267 (274).

³⁴² Mit weiteren Nachweisen auf die entsprechende Rechtsprechung Klabbbers, ebenda, S. 271-272, Fn. 13-16 sowie Agnieszka Szpak, *A Few Reflections on the Interpretation of Treaties in Public International Law*, HYIL Vol. 18 (2005), S. 59 (65).

³⁴³ Klabbbers, ebenda, S. 271-272.

³⁴⁴ Schweisfurth (Fn. 336), S. 174, Rn. 89.

³⁴⁵ Heintschel von Heinegg (Fn. 337), S. 139, Rn. 4.

³⁴⁶ Heintschel von Heinegg (Fn. 337), S. 139, Rn. 4.

irreführende Angaben beinhalten.³⁴⁷ Demgegenüber fokussiert der objektive Ansatz auf den Text, der in den Worten des Kommentars der Völkerrechtskommission zum WVK-Entwurf von 1966 den authentischen Ausdruck des Willens der Parteien widerspiegelt.³⁴⁸ Der sogenannte „textual approach“ stellt also auf die jeweilige Norm ab und ist in Art. 31 WVK, nämlich der „allgemeinen Auslegungsregel“, niedergelegt.

C. Die allgemeine Auslegungsregel von Artikel 31 WVK

Gemäß Artikel 31(1) WVK ist ein Vertrag „nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.“ Diese Grundregel umfasst eine Reihe von Elementen und insbesondere die grammatikalische („ordinary meaning rule“), die systematische („context“) sowie die teleologische Auslegung („object and purpose“). Zwischen den Auslegungselementen gibt es keine hierarchische Ordnung, denn sie reflektieren einen rationalen und logischen Prozess.³⁴⁹ Die Völkerrechtskommission hat zudem in ihrem Kommentar darauf hingewiesen, dass der im Singular verfasste Titel von Art. 31 WVK die Beziehung dieser Methoden miteinander betone und die Tatsache bezeichne, dass sie in einer einzigen kombinierten Operation anzuwenden seien.³⁵⁰ Artikel 31 erfordert somit eine holistische und umfassende Vorgehensweise.³⁵¹

Aufgrund der durch den objektiven Ansatz gebotenen Ausrichtung am Text ist immer von dem Wortlaut eines Vertrages auszugehen, wobei der Inhalt des Textes nach der gewöhnlichen Bedeutung der verwendeten Begriffe zu ermitteln ist.³⁵² In der Regel ist hier der gewöhnliche Wortsinn zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zugrunde zu legen. Von der sogenannten „ordinary meaning rule“ ist nur dann eine Abweichung erlaubt, wenn es gemäß Art. 31(4) WVK feststeht, dass die Vertragsparteien beabsichtigt haben, einem Ausdruck eine besondere Bedeutung beizulegen. In diesem Fall obliegt die Beweislast derjenigen Partei, die sich auf die besondere Bedeutung beruft.³⁵³

Vertragsbestimmungen sind nicht isoliert, sondern in ihrem Zusammenhang zu interpretieren, denn sie sind Teil der einheitlichen Gesamtregelung des Vertrages.³⁵⁴ Mit anderen Worten

³⁴⁷ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, S. 187.

³⁴⁸ United Nations, *Report of the International Law Commission*, 18. Session, *Draft Articles on the Law of the Treaties with Commentaries*, in: *YBILC Vol. II* (1966), S. 187 (220), Rn. 11.

³⁴⁹ Aust (Fn. 347), S. 187.

³⁵⁰ ILC-Kommentar zum WVK-Entwurf (Fn. 348), S. 219, Rn. 8.

³⁵¹ Duncan French, *Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules*, *ICLQ Vol. 55* (2006), S. 281 (301).

³⁵² Heintschel von Heinegg (Fn. 337), S. 142, Rn. 12.

³⁵³ ILC-Kommentar zum WVK-Entwurf (Fn. 348), S. 222, Rn. 17.

³⁵⁴ Schweisfurth (Fn. 336), S. 175, Rn. 92.

kann der Interpret sein Augenmerk nicht nur auf eine Einzelbestimmung, einen Artikel oder ein Kapitel eines völkerrechtlichen Übereinkommens richten.³⁵⁵ Außer dem Vertragswortlaut samt Präambel und Anlagen gehört gemäß Art. 31(2) WVK zu dem Zusammenhang a) jede sich auf den Vertrag beziehende Übereinkunft, die zwischen allen Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses getroffen wurde, sowie b) jede Urkunde, die von einer oder mehreren Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses abgefasst und von den anderen Vertragsparteien als eine sich auf den Vertrag beziehende Urkunde angenommen wurde.

Abgesehen von den bisher dargelegten vertragsimmanenten Auslegungselementen sind im Rahmen der systematischen Auslegung gemäß Art. 31(3)a und b in gleicher Weise auch vertragsexterne Interpretationselemente zu berücksichtigen.³⁵⁶ Dabei handelt es sich einerseits um jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen. Wie bereits dargelegt, sind als solche Übereinkünfte die verbindlichen Interpretationserklärungen der Free Trade Commission im Rahmen des NAFTA-Abkommens qualifiziert worden.³⁵⁷ Von zentraler Bedeutung ist andererseits die nach Art. 31(3)b spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht. Es ist zu bemerken, dass Art. 31(3)b eine qualifizierte Übung erfordert, da demnach nur parteibezogene Aspekte der späteren Praxis zu berücksichtigen sind, sofern daraus ein Parteikonsens über die Auslegung zu entnehmen ist.³⁵⁸ Hinzu kommt, dass eine solche Praxis im wesentlichen einheitlich sein muss.³⁵⁹ Eine Teilnahme aller Vertragsparteien an der nachfolgenden Staatenpraxis ist nicht erforderlich. Es genügt, dass sie akzeptiert wird, wenn auch stillschweigend.³⁶⁰ Werden diese Bedingungen nicht erfüllt, dann kann eine spätere Übung als „ergänzendes Auslegungsmittel“ im Sinne von Artikel 32 WVK herangezogen werden.³⁶¹ Freilich liegt die Bedeutung der nachfolgenden Übung i.S.v. Art. 31(3)b darin, dass sie ein objektives Indiz dafür darstellt, wie die Parteien den Vertrag verstehen und anwenden.³⁶²

Zu dem Zusammenhang gehört gemäß Art. 31(3)c auch das Gebot der Berücksichtigung jedes in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbaren einschlägigen Völkerrechtssatzes. Während ein Vertrag primär nach dem zur Zeit des Vertragsabschlusses geltenden Völkerrecht auszulegen ist, besagt diese Vorschrift, dass die Erhellung der

³⁵⁵ Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd Ed. Manchester University Press, Manchester, 1984, S. 127.

³⁵⁶ ILC-Kommentar zum WVK-Entwurf (Fn. 348), S. 220, Rn. 9.

³⁵⁷ Dazu oben: Zweiter Teil, II, B, 1.

³⁵⁸ Wolfram Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, Springer Verlag, Heidelberg (u.a.), 1983, S. 194.

³⁵⁹ Sinclair (Fn. 355), S. 138; Aust (Fn. 347), S. 194.

³⁶⁰ Aust (Fn. 347), S. 195.

³⁶¹ Karl (Fn. 358), S. 194-195; Sinclair (Fn. 355), S. 138; Aust (Fn. 347), S. 195.

³⁶² ILC-Kommentar zum WVK-Entwurf (Fn. 348), S. 221, Rn. 15.

Bedeutung einer Norm im Zusammenhang mit ihrem gegenwärtigen normativen Umfeld erfolgen muss.³⁶³ Das heißt, dass der Auslegungsprozess von der Entwicklung des Völkerrechts nicht unbeeinflusst bleibt. Obwohl der Wortlaut von Art. 31(1)c sehr eng gefasst ist, da die Einschränkung seiner Anwendung nur „in Beziehungen zwischen den Vertragsparteien“ gilt, ist dies in der Praxis nur von geringer Bedeutung.³⁶⁴ Der IGH hat insbesondere im Namibia-Gutachten von 1971 geäußert, dass:³⁶⁵

„an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation.“

Eine solche Berücksichtigung vertragsexterner Völkerrechtssätze, wie z. B. des Völkergewohnheitsrechts, der allgemeinen Völkerrechtsgrundsätze und anderer internationaler Verträge,³⁶⁶ bedarf grundsätzlich der Verwendung von Termini in dem auszulegenden Abkommen, welche für Begriffswandlungen offen sind.³⁶⁷ Exemplarisch qualifizierte der Bericht der Völkerrechtskommission über die Fragmentierung des Völkerrechts von 2006 die Begriffe „Festlandsockel“ und „Enteignung“.³⁶⁸

Neben dem üblichen Wortsinn und dem Zusammenhang ist ein Vertrag im Lichte seines Ziels und Zweckes zu interpretieren. Dem objektiven Ansatz zufolge ist der Text selbst Ausdruck des Willens der Parteien.³⁶⁹ Somit ist auch das Telos eines Vertrages aus seinem Text zu ermitteln.³⁷⁰ Dabei kommt der Präambel eine besondere Rolle zu. Die teleologische Auslegung besagt, dass zwischen möglichen Interpretationen eines Vertrags diejenige auszuwählen ist, welche am besten der Erreichung seines Zieles dient.³⁷¹ Aus dem Gebot der Durchführung des Interpretationsprozesses als eine „kombinierte Operation“ ergibt sich letztlich, dass die teleologische Auslegung in Anbindung an die grammatikalische und systematische erfolgen muss.³⁷² Anderenfalls besteht die Gefahr, die Grenze zwischen objektivem und subjektivem Ansatz zu überschreiten.³⁷³

³⁶³ Report of the International Law Commission, 58. Session, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, UN-Dok. A/CN.4/L.682, 13.04.2006, S. 209, Rn. 415. Der Report wurde von der Generalversammlung zur Kenntnis genommen mit Resolution 61/34 vom 04.12.2006.

³⁶⁴ Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 24), S. 644.

³⁶⁵ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia, Advisory Opinion, 26.01.1971, ICJ Rep. 1971, S. 16 (31).

³⁶⁶ Sinclair (Fn. 355), S. 139; ILC-Fragmentation-Report (Fn. 363), S. 215, Rn. 426(b).

³⁶⁷ ILC-Fragmentation-Report (Fn. 363), S. 242, Rn. 478.

³⁶⁸ ILC-Fragmentation-Report (Fn. 363), S. 242, Rn. 478(a).

³⁶⁹ Heintschel von Heinegg (Fn. 337), S. 143, Rn. 15.

³⁷⁰ Sinclair (Fn. 355), S. 130.

³⁷¹ Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 24), S. 644.

³⁷² Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 24), S. 644.

³⁷³ Heintschel von Heinegg (Fn. 337), S. 143, Rn. 15.

Eine besondere Ausprägung der teleologischen Interpretation bildet der Effektivitätsgrundsatz („*effet utile*“/„*ut res magis valeat quam pereat*“). Dieser Grundsatz hat keinen absoluten Geltungsanspruch, weil er nicht in die WVK aufgenommen wurde.³⁷⁴ Bei einer derartigen Interpretation wird primär auf den allgemeinen, mit dem gesamten Vertrag verfolgten Zweck abgestellt, dessen Verwirklichung maximale Wirksamkeit zu verschaffen ist.³⁷⁵ Es ist allerdings durchaus möglich, dass der Effektivitätsgrundsatz zu einer extensiven oder liberalen, nämlich extremen,³⁷⁶ teleologischen Auslegung führen kann, die über den Wortlaut und den Sinn eines Vertrages hinausgeht und den Parteien Verpflichtungen auferlegt, welche sie nicht beabsichtigten zu übernehmen.³⁷⁷ Das heißt, dass Wortlaut und Geist des Vertrages die Grenze einer derartigen Auslegung markieren.³⁷⁸

D. Ergänzende Auslegungsmittel gemäß Art. 32 WVK: Insbesondere die entstehungsgeschichtliche Auslegung

Gemäß Artikel 32 gehören die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsabschlusses zu den ergänzenden Auslegungsregeln. Die Unterscheidung zwischen „allgemeiner Auslegungsregel“ und „ergänzenden Auslegungsregeln“ soll garantieren, dass die letztgenannten keine alternative bzw. keine autonome Interpretationsmethode bilden, sondern sie Interpretationshilfsmittel bleiben, welche dem Artikel 31 untergeordnet sind.³⁷⁹ Ein Rückgriff auf Art. 32 ist also nur gestattet, um die sich unter Anwendung des Artikels 31 ergebende Bedeutung zu bestätigen oder die Bedeutung zu bestimmen, wenn die Interpretation nach Art. 31 die Bedeutung mehrdeutig oder dunkel lässt oder zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt. Das heißt, dass der Interpret eines völkerrechtlichen Vertrages nicht mit der Analyse seiner Entstehungsgeschichte beginnen darf, wie dies manchmal bei der Gesetzesauslegung durch nationale Gerichte der Fall ist.³⁸⁰ Zu den vorbereitenden Arbeiten gehören unter anderem Verhandlungsprotokolle, offizielle Erklärungen der beteiligten Parteien sowie Vertragsentwürfe.³⁸¹ Zu den historischen Umständen des Vertragsabschlusses gehört vor allem der Hintergrund, unter dem ein Vertrag ausgehandelt wurde. Dabei kann der Interpret die beim Vertragsabschluss individuellen

³⁷⁴ Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 24), S. 645.

³⁷⁵ Tomasz Milej, in: Wolff Heintschel von Heinegg, Casebook Völkerrecht, C.H. Beck Verlag, München, 2005, S. 86, Rn. 153.

³⁷⁶ V. Crnic-Grotic, Object and Purpose of Treaties in the Vienna Convention on the Law of the treaties, AYIL Vol. 7 (1997), S. 141 (164-165).

³⁷⁷ Vgl. Sir Gerald Fitzmaurice, Vae Victis or Woe to the Negotiators! Your Treaty or Our Interpretation of It?, AJIL Vol. 65 (1971), S. 358 (373); Sinclair (Fn. 355), S. 131.

³⁷⁸ Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 24), S. 645.

³⁷⁹ ILC-Kommentar zum WVK-Entwurf (Fn. 348), S. 223, Rn. 19.

³⁸⁰ Schweisfurth (Fn. 336), S. 175, Rn. 95.

³⁸¹ Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 24), S. 646.

Besonderheiten der Parteien berücksichtigen, wie z. B. ihre wirtschaftliche, soziale oder politische Situation sowie ihren Status als kapitalimportierende oder kapitalexportierende Länder.³⁸²

E. Nicht in die Wiener Vertragsrechtskonvention angenommene Regel

Die internationale gerichtliche und schiedsgerichtliche Praxis hat auch weitere Auslegungsmethoden herausgebildet. Diese wurden allerdings nicht in die WVK angenommen, da sie außerhalb der vertraglichen Kodifikation keine eigenständige Bedeutung haben.³⁸³ Ebenso sind sie kein Bestandteil des geltenden Völkergewohnheitsrechts.³⁸⁴ Die Anwendung dieser Methoden verfolgt das Ziel, der anhand der WVK vorgenommenen Auslegung zu dienen.³⁸⁵ Hierzu gehören z. B. die aus dem römischen Recht stammenden Maximen wie *lex specialis derogat legi generali*, *lex posterior derogat legi priori* sowie das *argumentum a contrario*.³⁸⁶ Hinzu kommt auch der sogenannte Effektivitätsgrundsatz und die ihm gewissermaßen gegenüber stehende Maxime, deren Gültigkeit heutzutage fraglich ist, in *dubio mitius*, wonach Einschränkungen der staatlichen Freiheit in Zweifelsfällen restriktiv zu interpretieren sind.³⁸⁷ Unter diesem Begriffspaar der extensiven und restriktiven Auslegung soll eine Interpretation verstanden werden, die einem auslegungsfähigen Text entweder eine weite oder eine enge Bedeutung beimisst, ohne allerdings dabei gegen den Wortlaut zu verstoßen.³⁸⁸ Sowohl die Maxime in *dubio mitius* als auch der Effektivitätsgrundsatz stellen in erster Linie Vermutungen dar, und ihre Anwendung bedarf daher entsprechender Zurückhaltung.³⁸⁹

F. Der Grundsatz von Treu und Glauben

Das aus dem Grundsatz *pacta sunt servanda* stammende und gemäß Art. 31 WVK die ganze Auslegung leitende Prinzip von Treu und Glauben besagt im interpretatorischen Kontext, dass die Auslegung zu keinem absurden oder unvernünftigen Ergebnis führen darf.³⁹⁰ Dies reflektiert die negative Seite des Grundsatzes von Treu und Glauben, die sich gegen die

³⁸² Sinclair (Fn. 355), S. 141.

³⁸³ Verdross/Simma (Fn. 238), S. 495-496, Rn. 781.

³⁸⁴ Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 24), S. 647.

³⁸⁵ Heintschel von Heinegg (Fn. 337), S. 145, Rn. 19.

³⁸⁶ Aust (Fn. 347), S. 200-201.

³⁸⁷ Rudolf Bernhardt, *Interpretation in International Law*, EPIL Vol. II (1995), S. 1416 (1419 und 1421).

³⁸⁸ Rudolf Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge - insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte* -, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin, 1963, S. 177.

³⁸⁹ Szpak (Fn. 342), S. 70.

³⁹⁰ Sinclair (Fn. 355), S. 118; Aust (Fn. 347), S. 187-188.

Nutzung des Rechts zur Durchsetzung individueller Interessen richtet.³⁹¹ Zu der negativen Seite des Grundsatzes von Treu und Glauben gehört auch der Schutz vor Handlungen, die Ziel und Zweck eines völkerrechtlichen Vertrages in Frage stellen.³⁹² Die positive Seite des Prinzips von Treu und Glauben besteht ihrerseits darin, dass es die Reichweite einer Regel ausdehnt, so dass diese Regel an die entsprechenden Umstände und Bedürfnisse der Zeit angepasst werden kann.³⁹³ Man spricht in diesem Kontext von einer Lückenfüllungsfunktion des Prinzips.³⁹⁴ Es ist also kein Zufall, dass bereits in den fünfziger Jahren der Grundsatz von Treu und Glauben als ein „fundamental principle“ des internationalen Rechtes charakterisiert wurde.³⁹⁵

II. Homogenitätsprüfung

A. Der Terminus „Investition“ gemäß Artikel 25 des ICSID-Übereinkommens

1. Einführung

Die Zuständigkeit des ICSID-Zentrums *ratione materiae* erstreckt sich auf Rechtsstreitigkeiten, die unmittelbar mit einer Investition zusammenhängen. Obwohl die „Investition“ den Kernbegriff des ICSID-Übereinkommens bildet, sieht dieses eine entsprechende Definition nicht vor. Im Rahmen der Vorarbeiten des ICSID-Übereinkommens wurde mehrmals versucht, diesen abstrakten wirtschaftlichen Terminus zu definieren. Im ersten Entwurf des ICSID-Übereinkommens wurde zum Beispiel die Investition sehr weit definiert. Sie schloss jede Einbringung von Geld und sonstigen wirtschaftlichen Werten für unbestimmte Zeit oder für nicht weniger als fünf Jahre ein.³⁹⁶ Der Vorschlag des ICSID-Sekretariats während der Vorarbeiten des Übereinkommens bezeichnete seinerseits als Investition:³⁹⁷

(i) „property rights or contractual rights (including rights under a concession) for the establishment or in the conduct of an industrial, commercial, agricultural, financial or service enterprise, (ii) participation or shares in any such enterprise; or (iii) financial obligations of a

³⁹¹ Robert Kolb, *Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith)*, NILR Vol. 53 (2006), S. 1 (18); Anthony D' Amato, *Good Faith*, EPIL Vol. II (1995), S. 509 (509).

³⁹² Kolb, ebenda, S. 18.

³⁹³ Kolb, ebenda, S. 17.

³⁹⁴ Kolb, ebenda, S. 24-25.

³⁹⁵ Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Vol. 1, 3rd Ed., Stevens & Sons, London, 1957, S. 7.

³⁹⁶ *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States, Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention*, Vol. I, Washington D.C., 1970, S. 116.

³⁹⁷ ICSID-Documents (Fn. 320), S. 844.

public or private entity other than obligations arising out of short-term banking or credit facilities.“

Hinzu kommen die zahlreichen Definitionsvorschläge der jeweiligen Delegierten der an den Arbeiten des ICSID-Rechtsausschusses beteiligten Regierungen.³⁹⁸ An sich zeigen also die entstehungsgeschichtlichen Dokumente des ICSID-Übereinkommens, dass eine Definition der Investition für erforderlich gehalten wurde.³⁹⁹ Auf der anderen Seite weist der Bericht der Exekutivdirektoren der Weltbank darauf hin, dass:⁴⁰⁰

„No attempt was made to define the term “investment” given the essential requirement of consent by the parties, and the mechanism through which Contracting States can make known in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre (Article 25(4)).“

Es lässt sich somit feststellen, dass das entstehungsgeschichtliche Verständnis der Investition nach dem Bericht der Exekutivdirektoren der Weltbank nicht dem tatsächlichen Gang der vorbereitenden Arbeiten der ICSID-Konvention entspricht.⁴⁰¹ Denn es wurde deshalb auf die Formulierung einer Definition verzichtet, weil eine Einigung auf die Bedeutung dieses Terminus unmöglich war.⁴⁰²

Die Tatsache, dass der Begriff „Investition“ ausdrücklich in das ICSID-Übereinkommen aufgenommen wurde, besagt, dass er einer Auslegung bedarf genau wie jede völkerrechtliche die Zuständigkeit eines gerichtlichen Gremiums betreffende Einzelbestimmung. Ohne die nachfolgende Prüfung der Einheitlichkeit der ICSID-Judikatur vorbestimmen zu beabsichtigen, könnte man zum Beispiel durch eine teleologische Interpretation gemäß dem ersten Absatz der Präambel des Übereinkommens davon ausgehen, dass als Investition solch eine Transaktion zu qualifizieren ist, welche die wirtschaftliche Entwicklung fördern soll.⁴⁰³ Aus systematischer Sicht besagt Art. 4(3) der Additional-Facility-Regeln, dass normale Handelsgeschäfte („ordinary commercial transactions“) wie z. B. Kaufverträge nicht als eine Investition im Sinne von Art. 25 anzusehen sind. Da durch die AF-Regeln auch solche Streitigkeiten verwaltet werden, die nicht unmittelbar mit einer Investition im Sinne von Art. 25 zusammenhängen, fallen normale Handelsgeschäfte a fortiori nicht in den

³⁹⁸ Vgl. Schreuer (Fn. 87), S. 123, Rn. 82-83.

³⁹⁹ Vgl. Schreuer (Fn. 87), S. 122, Rn. 80.

⁴⁰⁰ Ex. Dir. Rep., Rn. 27 (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁴⁰¹ Farouk Yala, The Notion of “Investment” in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement?, *Journal of International Arbitration* Vol. 22 (2005), S. 105 (105-106); Schreuer (Fn. 87), S. 124, Rn. 86.

⁴⁰² Schreuer (Fn. 87), S. 124, Rn. 86; Yala, ebenda, S. 106.

⁴⁰³ Schreuer (Fn. 87), S. 125, Rn. 88.

Anwendungsbereich von Art. 25 ICSID-Üb. Auch im Rahmen der vorbereitenden Arbeiten des Übereinkommens wurde nicht bestritten, dass sich die Zuständigkeit des Zentrums nicht auf normale Handelsgeschäfte erstreckt.⁴⁰⁴ Abgesehen von der Rolle, welche die Einigung der Parteien im jeweiligen faktischen Kontext zu spielen hat, ergibt sich somit, dass der Begriff „Investition“ im Sinne des ICSID-Üb. eine objektive Grenze hat. Diese Schlussfolgerung wird - noch aus systematischer Sicht - durch die „Institution Rules“ des ICSID-Üb. bestätigt.⁴⁰⁵ Während ein Antrag auf Einleitung eines Schieds- oder Vergleichsverfahrens gemäß der Regel 2(1)c Informationen beinhalten muss, welche die Einwilligung der Parteien betreffen, enthält die Regel 2(1)e eine zusätzliche Anforderung, wonach der jeweilige Antrag auch darauf hinzuweisen hat, dass es sich um eine Rechtsstreitigkeit handelt, die unmittelbar mit einer Investition zusammenhängt.

Was die judikative Interpretation dieses Begriffs anbelangt, haben sich die ICSID-Tribunale für lange Zeit mit derartigen Sachverhalten befasst, die eine Klärung des Terminus „Investition“ nicht erforderten, und daher genügte die bloße Feststellung, dass im konkreten Fall eine Investition im Sinne des ICSID-Übereinkommens vorliege.⁴⁰⁶ Hierbei spielt möglicherweise die Tatsache eine Rolle, dass bis Mitte der neunziger Jahre das ICSID-Zentrum ein Schattendasein führte. Angesichts der sehr beschränkten Anzahl der vor das ICSID-Zentrum gebrachten Fälle hätte eine strikte Überprüfung des Vorhandenseins einer Investition die Zukunft des ICSID-Zentrums gefährden können.⁴⁰⁷ Neben klassischen Geschäften wie z. B. der Nutzung von natürlichen Ressourcen, dem Hotel- oder Industriebau haben mittlerweile die ICSID-Schiedsgerichte auch moderne Transaktionen wie Managementverträge, Verträge über die Umwandlung von Seefahrzeugen in Fischereifahrzeuge sowie Lizenzvereinbarungen für die Herstellung von Waffen als Investitionen gemäß Artikel 25 ICSID-Üb. qualifiziert.⁴⁰⁸ Mit der Auslegung des Terminus „Investition“ im Sinne des Übereinkommens befassen sich die ICSID-Panels ausführlicher erst seit zehn Jahren. Zu untersuchen ist folglich, inwiefern die diesbezügliche Rechtsprechung einheitlich ist.

⁴⁰⁴ Vgl. Schreuer (Fn. 87), S. 125, Rn. 89. Siehe auch Carolyn Lamm, Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID Review/FILJ Vol. 6 (1991), S. 462 (474): „The drafters of the Convention felt it important to limit ICSID jurisdiction so that investors would not pressure States to submit every dispute to the Centre. Thus, for instance, an ICSID arbitrator or tribunal does not have jurisdiction over political, economic or purely commercial disputes.“

⁴⁰⁵ Schreuer (Fn. 87), S. 125, Rn. 90.

⁴⁰⁶ Vgl. Rudolf Dolzer, The Notion of Investment in Recent Practice, in: Steve Charnovitz/Petra Steger (Ed.) (u.a.), Law in the Service of Human Dignity - Essays in Honour of Florentino Feliciano, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, S. 261 (267).

⁴⁰⁷ Vgl. Kathigamar V.S.K. Nathan, Submissions to the International Centre for Settlement of Investment Disputes in Breach of the Convention, Journal of International Arbitration, Vol. 12 (1995), S. 27 (31).

⁴⁰⁸ Dazu ausführlicher Delaume (Fn. 92), S. 118.

2. Fallstudien

a) Fedax v. Venezuela (Orrego Vicuña, Owen, Heth), 11.07.1997

Im Verfahren Fedax wurde zum ersten Mal in der bis dahin dreißigjährigen Geschichte des ICSID-Übereinkommens eine Einrede gegen das Vorliegen einer Investition im Sinne von Art. 25(1) geltend gemacht.⁴⁰⁹ Das Schiedsgericht hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der Erwerb von auf Venezuela lautenden Wechseln („promissory notes“) durch eine niederländische Gesellschaft eine Investition darstellt. Das Tribunal stimmte am Anfang seiner Ausführungen mit der Position von Venezuela überein, dass der Auslegungsprozess über die Anwendung der Auslegungsregeln der WVK erfolgen solle.⁴¹⁰ Hiernach führte es aus, dass es das Vorhandensein einer Investition im Lichte von Art. 25(1) ICSID-Üb. und des vorliegenden BIT prüfen müsse, um diesen Erfordernissen nachzukommen.⁴¹¹

Ausgangspunkt der Interpretation war die Entstehungsgeschichte des ICSID-Übereinkommens. Unter Verweis auf den Bericht der Exekutivdirektoren der Weltbank und auf die Literatur ging das Panel davon aus, dass es der Einigung der jeweiligen Parteien überlassen wurde, ob eine Transaktion eine Investition darstellt.⁴¹² In diesem Kontext betonte das Tribunal, dass im Schrifttum und in den entstehungsgeschichtlichen Dokumenten der ICSID-Konvention die Zuständigkeit für Darlehen, Lieferantenkredite und Bauverträge unter anderem als Angelegenheit des Ermessens der jeweiligen Parteien angesehen wurde. Im Mittelpunkt stand das Bedürfnis nach einem weiten Verständnis des Begriffs „Investition“. Hiernach bemerkte das Tribunal, dass die Frage des Vorliegens einer Investition auch im Zusammenhang mit den Wechseln als Form eines Darlehens oder Kredits erörtert werden sollte.⁴¹³

Im Anschluss hieran stellte das Panel auf die vergangene ICSID-Rechtsprechung ab, bei der jedoch keine eingehende Analyse des Terminus „Investition“ stattgefunden hatte.⁴¹⁴ Weiterhin wurde dieser Begriff systematisch ausgelegt. Zunächst wurde er im Lichte der Konvention der Multilateralen Investitions-Garantie-Agentur (MIGA) interpretiert, eine Methode, die unter die systematische Auslegung gemäß Art. 31(3)c subsumierbar ist. Trotz

⁴⁰⁹ Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, Decision on Objection to Jurisdiction, ILM Vol. 37 (1998), S. 1378 ff.

⁴¹⁰ Ebenda, S. 1382, Rn. 20.

⁴¹¹ Ebenda, S. 1382, Rn. 20: „In order to satisfy these requirements the Tribunal shall examine the question in the light of Article 25 (1) of the Convention, Article 1 (a) and related provisions of the Agreement and other relevant considerations discussed below.“

⁴¹² Ebenda, S. 1382, Rn. 21 f.

⁴¹³ Ebenda, S. 1383, Rn. 23: „This matter will be discussed below in connection with the promissory notes as a form of loan or credit.“

⁴¹⁴ Ebenda, S. 1383, Rn. 25-26.

der Unterschiede zwischen beiden Systemen hob das Panel auf die Tatsache ab, dass der Anwendungsbereich des MIGA auf „any other medium or long-term form of investment“ erstreckt werden konnte. Demzufolge schließe das MIGA-Übereinkommen, so das Panel, Darlehen mit Bezug auf Investitionen ein.⁴¹⁵ Die systematische Auslegung fortsetzend prüfte das Tribunal das Verhältnis zwischen dem ICSID-Übereinkommen und den Additional-Facility-Regeln, da die letzteren auch dann zur Anwendung kommen können, wenn eine Streitigkeit nicht mit einer Investition zusammenhängt. Bei beiden Schiedsregeln, so das Tribunal, müsse die jeweilige Transaktion von einem normalen Handelsgeschäft unterschieden werden.⁴¹⁶

Hiernach zog das Panel die Schlussfolgerung, dass der weite Anwendungsbereich von Art. 25(1) und die darauffolgende ICSID-Entscheidungspraxis ohne weiteres den Befund rechtfertigten, dass die Zuständigkeit des Zentrums begründet war.⁴¹⁷ Anschließend griff das Schiedsgericht auf das folgende Argument zurück, um seine Schlussfolgerung im Hinblick auf den konkreten Fall zu festigen:⁴¹⁸

„In addition, as explained above, loans qualify as an investment within ICSID’s jurisdiction, as does, in given circumstances the purchase of bonds. Since promissory notes are evidence of a loan and a rather typical financial and credit instrument, there is nothing to prevent their purchase from qualifying as an investment under the Convention in the circumstances of a particular case such as this.“

Des weiteren bezeichnete es die Einigung der Streitparteien als „controlling“ für die Definition des Begriffes „Investition“ gemäß Art. 25(1) ICSID-Üb. und bejahte, dass ein

⁴¹⁵ Ebenda, S. 1384, Rn. 27.

⁴¹⁶ Ebenda, S. 1384, Rn. 28: „Another aspect which the Tribunal has not overlooked is the relationship between the ICSID Convention and the Rules Governing the Additional Facility, since the latter may apply, among other situations, in cases where ICSID jurisdiction is not available because the dispute does not arise directly out of an investment. Here again the term "directly" relates to the evolution of the dispute and not to the investment. In this respect it would appear that, as in the case of ICSID, the Additional Facility Rules might cover types of investment that were not direct if the circumstances so warranted. On this point, the Tribunal must also note that the comment accompanying Article 4, Paragraph (4), of the Additional Facility Rules is somewhat restrictive, because it relates only to a situation in which a Tribunal might declare itself incompetent on the ground that it considered the underlying transaction not to be an "investment;" in fact, a Tribunal might be satisfied that there is an investment, but decline jurisdiction because the dispute does not arise directly from it, and this situation could also be brought to settlement under the Additional Facility Rules. However, under both ICSID and the Additional Facility Rules the investment in question, even if indirect, should be distinguishable from an ordinary commercial transaction“ (Hervorgehoben vom Verfasser). Siehe ferner S. 1386-1387, Rn. 42, wo die Abgrenzung der Transaktion von normalen Handelsgeschäften im konkreten Fall zur Anwendung kam.

⁴¹⁷ Ebenda, S. 1384, Rn. 29.

⁴¹⁸ Ebenda, S. 1384, Rn. 29.

Darlehen eine Investition gemäß der abstrakten Definition des BIT zwischen den Niederlanden und Venezuela darstelle.⁴¹⁹

Obwohl die obigen Ausführungen den Eindruck erwecken, dass die Auslegung der Investition im Sinne des Übereinkommens abgeschlossen worden war,⁴²⁰ kam das Tribunal in dem vorletzten Paragraph seines Schiedsspruchs auf diese Frage zurück, indem es mit Verweis auf die Literatur die Hauptmerkmale („basic features“) der Investition darlegte. Es handelte sich nämlich um folgende Charakteristika: gewisse Dauer, regelmäßiger Gewinn und Rückvergütung, Risikoübernahme, substantielles Engagement und Beitrag zur Entwicklung des Gaststaates. In knappen Sätzen und ohne besondere Analyse kam das Schiedsgericht zu dem Ergebnis, dass alle Merkmale erfüllt waren.⁴²¹

Bewertung

Im Schiedsverfahren Fedax bejahte das ICSID-Panel seine Zuständigkeit durch eine separate Prüfung des Vorliegens einer Investition jeweils nach dem ICSID-Übereinkommen und dem BIT. In Bezug auf den Terminus „Investition“ im Sinne der ICSID-Konvention beruhte die Auslegung des Schiedsgerichts zunächst auf der historischen Interpretation von Art. 25 ICSID-Üb. wie diese der Bericht der Exekutivdirektoren der Weltbank und ein Teil des Schrifttums wiedergeben. Aufgrund dessen wurde der Terminus „Investition“ als eine Zuständigkeitsvoraussetzung angesehen, die von der Einigung der Parteien abhängt. Das Fehlen einer Definition des Begriffs „Investition“ im Übereinkommens könnte diese Vorgehensweise des Tribunals und seine darüber hinausgehende Orientierung an den Vorarbeiten des ICSID-Übereinkommens, aus denen die Qualifikation der Wechsel als Investitionen hergeleitet wurde, rechtfertigen. Es lässt sich aber nicht übersehen, dass, abgesehen von der historischen und systematischen Auslegung sowie der Berücksichtigung der vergangenen ICSID-Rechtsprechung, im vorliegenden Verfahren die Annahme im Vordergrund stand, dass der Begriff „Investition“ a priori weit zu verstehen sei, was seinerseits eine Vermutung darstellt. Offensichtlich ist es ferner, dass auf das teleologische Element kein Bezug genommen wurde. Während sich letztlich die Befassung des Tribunals

⁴¹⁹ Ebenda, S. 1384-1385, Rn. 29-37.

⁴²⁰ Vgl. Dolzer (Fn. 406), S. 269.

⁴²¹ Ebenda, S. 1387, Rn. 43: „The basic features of an investment have been described as involving a certain duration, a certain regularity of profit and return, assumption of risk, a substantial commitment and a significance for the host State's development. The duration of the investment in this case meets the requirement of the Law as to contracts needing to extend beyond the fiscal year in which they are made. The regularity of profit and return is also met by the scheduling of interest payments through a period of several years. The amount of capital committed is also relatively substantial. Risk is also involved as has been explained. And most importantly, there is clearly a significant relationship between the transaction and the development of the host State, as specifically required under the Law for issuing the pertinent financial instrument. It follows that, given the particular facts of the case, the transaction meets the basic features of an investment.“

mit den von ihm festgesetzten Investitionsmerkmalen als nebensächlich und bestätigend erweist,⁴²² könnte deren Darstellung dahingehend verstanden werden, dass der Terminus „Investition“ künftig eine autonome und von der jeweiligen Einigung völlig unabhängige Bedeutung entfalten sollte, was dem objektiven Ansatz von Art. 31(1) WVK im großen und ganzen entsprechen würde.

b) CSOB v. Slovak Republic (Buergenthal, Bernardini, Bucher), 24.05.1999

Mit der Frage, ob eine Transaktion und insbesondere ein Darlehen eine Investition darstellt, befasste sich zwei Jahre später ein ICSID-Schiedsgericht im Verfahren CSOB. Mit Verweis auf die entstehungsgeschichtliche Auslegung des Begriffs „Investition“ gemäß dem Bericht der Exekutivdirektoren der Weltbank ging das Tribunal davon aus, dass dieser Terminus weit ausgelegt werden sollte, da die Schöpfer des Übereinkommens ihm keine Beschränkung auferlegt hätten.⁴²³ Nach Ansicht des Tribunals sprach für eine liberale Auslegung auch der erste Absatz der Präambel des ICSID-Übereinkommens, wonach die Vertragsstaaten die Notwendigkeit, zu Gunsten der wirtschaftlichen Entwicklung international zusammenzuarbeiten, und die Bedeutung, welche internationalen privaten Investitionen auf diesem Gebiet zukommt, bedenken. Aus dieser Formulierung zog das Tribunal die Schlussfolgerung, dass eine Transaktion, welche zur internationalen Zusammenarbeit beiträgt und für die Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung eines Staates vorgesehen ist, als eine Investition im Sinne des Übereinkommens angesehen werden kann.⁴²⁴ An dieser Stelle wurde also der Terminus „Investition“ nach dem Effektivitätsgrundsatz ausgelegt.

In Anlehnung an die durch den Bericht der Exekutivdirektoren der Weltbank vorgeschlagene Auslegung stellte das Schiedsgericht hiernach fest, dass die Einigung eine starke Vermutung für die Qualifizierung einer Transaktion als Investition im Sinne des Übereinkommens bilde,⁴²⁵ und bestätigte zugleich die Ansicht der Slowakischen Republik, wonach die Bezeichnung einer Transaktion in einer Parteivereinbarung als Investition an sich nicht „conclusive“ für die Beantwortung der Frage sei, ob eine Streitigkeit in den

⁴²² Vgl. Dolzer (Fn. 406), S. 269.

⁴²³ Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. v. Slovak Republic, Decision on Objection to Jurisdiction, ICSID Review/FILJ Vol. 14 (1999), S. 251 (273), Rn. 63-64.

⁴²⁴ Ebenda, S. 273, Rn. 64.

⁴²⁵ Ebenda, S. 274, Rn. 65-66: „[A] Contracting State that wishes to limit the scope of the Centre’s jurisdiction can do so by making the declaration provided for in Article 25(4) of the Convention. [...] It follows that an important element in determining whether a dispute qualifies as an investment under the Convention in any given case is the specific consent given by the Parties. The Parties’ acceptance of the Centre’s jurisdiction with respect to the rights and obligations arising out of their agreement therefore creates a strong presumption that they considered their transaction to be an investment within the meaning of the ICSID Convention.“

Anwendungsbereich von Art. 25(1) falle.⁴²⁶ Diese Äußerung hatte zur Folge, dass das Schiedsgericht das Vorliegen einer Investition nach dem sogenannten „Zwei-Stufen-Test“ prüfte. Zunächst wurde getestet, ob eine Transaktion eine Investition nach dem ICSID-Übereinkommen, und danach, ob es eine solche gemäß dem zwischen der Tschechischen und der Slowakischen Republik abgeschlossenen BIT darstellte.⁴²⁷

Als das Tribunal zur Anwendung der von ihm vorgenommenen Auslegung auf den konkreten Fall kam, wies es auf der Basis der entstehungsgeschichtlichen und der effektiven Interpretation das Argument der Slowakischen Republik zurück, wonach ein Darlehen keine Investition bilde.⁴²⁸ Danach bestätigte es die Ansicht des Klägers, dass die ICSID-Panels bereits ihre Zuständigkeit für Darlehensverträge anerkannt hätten, und zitierte das Verfahren Fedax.⁴²⁹ Nach einer ausführlichen Analyse bezeichnete es letztlich das Darlehen auch im Sinne des relevanten BIT als Investition.⁴³⁰

Bewertung

Im Verfahren CSOB erfolgte die Prüfung des Vorliegens einer Investition nach dem „Zwei-Stufen-Test“. Genau wie im Schiedsverfahren Fedax wurde dementsprechend geprüft, ob eine Investition jeweils nach dem ICSID-Üb. und dem BIT vorliege. Was die Auslegung des Terminus „Investition“ gemäß Art. 25 ICSID-Üb. anbelangt, entschied sich das Schiedsgericht für eine a priori äußerst weite Interpretation dieses Begriffes. Die Formulierung einer solchen Vermutung ist auf die historische Interpretation nach dem Bericht der Exekutivdirektoren der Weltbank sowie auf die Auslegung gemäß der Effektivitätsmaxime zurückzuführen.⁴³¹ Hervorzuheben ist, dass der Schwerpunkt der Auslegung im vorliegenden Fall auf dem letztgenannten Grundsatz lag. Demzufolge genügte dem Tribunal die entwicklungsfördernde Natur einer Transaktion, um sie als eine Investition im Sinne des ICSID-Übereinkommens zu qualifizieren. Zugleich wurde in Anlehnung an die durch den Bericht der Exekutivdirektoren vorgeschlagene Auslegung der Einigung der Streitparteien eine entscheidende Rolle für die Bezeichnung einer Transaktion als Investition im Sinne von Art. 25 ICSID-Üb. zuerkannt.

⁴²⁶ Ebenda, S. 274, Rn. 68.

⁴²⁷ Ebenda, S. 274, Rn. 68.

⁴²⁸ Ebenda, S. 277, Rn. 76: „As to the first point, the Tribunal considers that the broad meaning which must be given to the notion of an investment under Article 25(1) of the Convention is opposed to the conclusion that a transaction is not an investment merely because, as a matter of law, it is a loan. This is so, if only because under certain circumstances a loan may contribute substantially to a State's economic development.“

⁴²⁹ Ebenda, S. 277, Rn. 76, Fn. 16.

⁴³⁰ Ebenda, S. 277-282, Rn. 77-89.

⁴³¹ Zu der weiten Auslegung der Investition im Sinne des ICSID-Übereinkommens kritisch Pavel Šturma, Decision on Jurisdiction of the ICSID Tribunal in the Case *Ceskoslovenská obchodní banka v. Slovak Republic*, ZaöRV Bd. 60 (2000), S. 151 (161).

Was das Verhältnis des vorliegenden Verfahrens zu der vergangenen ICSID-Rechtsprechung betrifft, ist es offensichtlich, dass der Schiedsspruch Fedax für die Bezeichnung des Darlehens als Investition berücksichtigt wurde. Allerdings fand im Falle CSOB weder eine Auseinandersetzung mit noch eine Fortentwicklung der im Schiedsverfahren Fedax formulierten und in äußerst bescheidener Weise angewandten Hauptmerkmale der Investition statt.

c) Salini v. Morocco (Briner, Cremades, Fadlallah), 23.07.2001

Gegenstand dieses Verfahrens war die Frage, ob ein Bauvertrag und insbesondere ein Vertrag zum Bau einer Autobahn an sich eine Investition darstellt. Die ICSID-Tribunale hatten sich in der Vergangenheit mit derartigen Fällen befasst, die allerdings dadurch gekennzeichnet waren, dass die Bauverträge einen Bestandteil eines umfassenden Investitionsprojekts bildeten, in dessen Rahmen zahlreiche weitere Verträge abgeschlossen wurden.⁴³² In diesem Kontext hatten die ICSID-Schiedsgerichte das Vorliegen einer Investition mehrmals bejaht, vorausgesetzt jedoch, dass ein Vertrag:⁴³³

„limited to construction of a building to be paid for by the client as work progressed [...] could [...] not be said to be an agreement concerning investments. Disputes arising thereunder could therefore not be investment disputes as required by Article 25 of the ICSID-Convention.“

In der Form eines Prüfungsschemas wurde durch das Salini-Schiedsgericht untersucht, ob eine Investition zunächst nach Artikel 1 des BIT zwischen Italien und Marokko und danach nach Artikel 25 des ICSID-Üb. vorlag. Wegen der in dem BIT enthaltenen weiten Definition des Terminus „Investition“ kam das Tribunal ohne weiteres zu dem Ergebnis, dass eine solche vorhanden sei.⁴³⁴

Im Hinblick auf die Prüfung am Maßstab des ICSID-Übereinkommens verwies das Schiedsgericht zunächst auf den Bericht der Exekutivdirektoren der Weltbank. In diesem Zusammenhang ging es davon aus, dass es eine ungenaue Einschätzung sei, dass das Investitionserfordernis durch die Einigung der Parteien abgeschwächt werde. Seiner Ansicht nach müsse das Investitionserfordernis als eine objektive Zuständigkeitsvoraussetzung respektiert werden.⁴³⁵ Es bemerkte weiterhin, dass sich vergangene Schiedssprüche mit dem Begriff „Investition“ sehr selten befassten, und hob die Tatsache hervor, dass die erste

⁴³² Vgl. Rubins (Fn. 140), S. 305 ff.; Yala (Fn. 401), S. 107.

⁴³³ SOABI v. Senegal, Award, 25.02.1988, ICSID Rep. Vol. 2 (1994), S. 190 (219), Rn. 4.50.

⁴³⁴ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, Decision on Jurisdiction, ILM Vol. 42 (2003), S. 609 (620-621).

⁴³⁵ Ebenda, S. 622, Rn. 52, erster Abschnitt.

diesbezügliche Entscheidung der Fall Fedax war.⁴³⁶ Unter Berücksichtigung von Einzelaspekten vergangener ICSID-Rechtsprechung und der Literatur formulierte es die Kriterien der „Investition“ im Sinne des ICSID-Übereinkommens. Die Doktrin, so das Panel,⁴³⁷

„generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction. In reading the Convention’s preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the Investment as an additional condition.“

In der Realität jedoch, setzte das Tribunal fort, können diese verschiedenen Elemente eine Wechselbeziehung haben. So könne das Transaktionsrisiko von den Beiträgen und der Dauer der Erfüllung des Vertrages abhängig sein. Demzufolge seien diese verschiedenen Kriterien pauschal zu betrachten, selbst wenn sie im vorliegenden Fall der Argumentation halber separat bewertet würden.⁴³⁸

Nach einer detaillierten Prüfung aller Kriterien bejahte schließlich das Tribunal, dass es sich um eine Investition gemäß Artikel 25 ICSID-Üb. handle. Das Schiedsgericht legte zunächst die Geld-, Industrie- und Sachspenden des Investors ausführlich dar.⁴³⁹ Mit Verweis auf die Literatur befand es weiterhin, dass die Minstdauer für die Erfüllung einer Transaktion zwischen zwei und fünf Jahren liege. Die 36-monatige Dauer des vorliegenden Bauvertrages fiel somit in diesen Zeitrahmen.⁴⁴⁰ Es spiele ferner keine Rolle, dass die konkreten Risiken freiwillig übernommen worden seien. Eine Konstruktion, die sich auf mehrere Jahre ausdehne, so dass die Gesamtkosten des Vorhabens nicht mit Sicherheit im voraus abgeschätzt werden könnten, berge ein offensichtliches Risiko für den Investor.⁴⁴¹ Außerdem könne der Beitrag des Bauvertrags zu der wirtschaftlichen Entwicklung von Marokko nicht bezweifelt werden, da er eine öffentliche Aufgabe darstelle, die dem öffentlichen Interesse diene. Letztendlich sei der Investor in der Lage gewesen, den Gaststaat mit Know-how in Bezug auf die auszuführenden Bauarbeiten zu versehen.⁴⁴²

Bewertung

⁴³⁶ Ebenda, S. 622, Rn. 52, zweiter Abschnitt.

⁴³⁷ Ebenda, S. 622, Rn. 52, dritter Abschnitt.

⁴³⁸ Ebenda, S. 622, Rn. 52, vierter Abschnitt.

⁴³⁹ Ebenda, S. 622, Rn. 53.

⁴⁴⁰ Ebenda, S. 622, Rn. 54.

⁴⁴¹ Ebenda, S. 623, Rn. 56.

⁴⁴² Ebenda, S. 623, Rn. 57.

Der vorliegende Schiedsspruch bildet einen Bruch in der Entwicklung der ICSID-Rechtsprechung. Es ist zunächst zu bemerken, dass das entscheidende Panel keine Vermutung bezüglich einer gebotenen weiten Auslegung des Begriffs „Investition“ formulierte, wie dies in dem Verfahren Fedax und vor allem in dem Schiedsspruch CSOB der Fall war. Ebenso entfernte sich das Schiedsgericht von der Ansicht, dass die Einigung der Parteien den entscheidenden Faktor für das Vorhandensein einer Investition bilde, worauf die historische Auslegung der ICSID-Konvention anhand des Berichts der Exekutivdirektoren verweist. Im Klartext: In den Interpretationsprozess des Schiedsverfahrens Salini wurden keine subjektiven Auslegungselemente eingeführt. Durch die Festsetzung und sorgfältige Anwendung bestimmter Kriterien wurde die Investition als eine ausschließlich objektiv zu erfüllende Zuständigkeitsvoraussetzung angesehen, was dem objektiven Ansatz gemäß Art. 31(1) WVK entspricht. Dies heißt, dass das Schiedsgericht der separaten Prüfung des Investitionserfordernisses jeweils nach dem BIT und dem ICSID-Übereinkommen, also dem sogenannten „Zwei-Stufen-Test“, volle Wirksamkeit verschuf. Gemeint ist damit, dass in den Schiedssprüchen Fedax und CSOB der Sinn der separaten Prüfung des Vorliegens einer Investition jeweils nach dem ICSID-Üb. und dem BIT abgeschwächt wurde, da die „Investition“ des Art. 25 ICSID-Üb. von der Einigung, also von der Definition der Investition des BIT, erheblich beeinflusst wurde. Im Hinblick auf die Anwendung der Investitionsmerkmale im konkreten Sachverhalt ist es abschließend eindeutig, dass im vorliegenden Verfahren keine Scheinanwendung stattfand, wie dies im Verfahren Fedax der Fall war. Im Ergebnis lässt sich somit die Schlussfolgerung ziehen, dass im Falle Salini ein im Vergleich zu den Schiedssprüchen CSOB und Fedax strengerer „Investitionsstandard“ zur Anwendung kam.⁴⁴³

d) Mihaly v. Sri Lanka (Sucharitkul, Rogers, Suratgar), 15.03.2002

Die U.S.-amerikanische Gesellschaft Mihaly hatte einen „Letter of Intent“ sowie zwei ihn ergänzende „Letters“ mit der Regierung von Sri Lanka abgeschlossen, die den Rahmen für die Durchführung von Verhandlungen zum Bau eines Kraftwerkes setzten und jeweils darüber hinaus ausdrücklich klarstellten, dass sie den Parteien keine bindenden Verpflichtungen auferlegten.⁴⁴⁴ Unter anderem legten diese „Letters“ eine Exklusivitätsperiode fest, innerhalb deren die Regierung von Sri Lanka ausschließlich mit dem Investor zu verhandeln hatte. Auf der Basis der „Letters“ bezahlte Mihaly mehrere Millionen U.S. Dollar für

⁴⁴³ Yala (Fn. 401), S. 108.

⁴⁴⁴ Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, Award, ICSID Review/FILJ Vol. 17 (2002), S. 142 (153), Rn. 41 sowie S. 154, Rn. 45 und S. 155, Rn. 46.

Durchführbarkeitsstudien, Verhandlungen und die Schaffung eines ausführlichen Arbeitsprojekts. Im Ergebnis wurde ein Vertrag zwischen Mihaly und Sri Lanka nicht abgeschlossen, und infolgedessen wendete sich Mihaly gegen Sri Lanka. Das Schiedsgericht hatte darüber zu entscheiden, ob diese Vorinvestitionskosten, also die Entwicklungskosten, eine Investition im Sinne von Art. 25 des ICSID-Üb. darstellen.

Die Auslegung des Begriffs „Investition“ beruhte im vorliegenden Verfahren zunächst auf dem Element der Staatenpraxis. Das Panel vertrat in Randnummer 33 seines Schiedsspruchs die Ansicht, dass:⁴⁴⁵

„[T]he definition was left to be worked out in the subsequent practice of States, thereby preserving its integrity and flexibility and allowing for future progressive development of international law on the topic of investment.“

Das Panel führte ferner aus, dass die Streitparteien keine Staatenpraxis darlegten, welche die Anerkennung einer erweiterten Definition der „Investition“ indizierte, dass Proinvestitionskosten eingeschlossen und abgedeckt werden.⁴⁴⁶ Aus dieser Formulierung ist zu folgern, dass Art. 31(3)b WVK den Ausgangspunkt des Interpretationsprozesses des Panels bildete.⁴⁴⁷

Hiernach stellte das Tribunal ausschließlich auf die Form der Zusammenarbeit zwischen dem Investor und dem Gaststaat ab. Die Prüfung der drei „Letters“ demonstrierte, dass kein Vertrag zwischen dem Investor und dem Gaststaat abgeschlossen wurde.⁴⁴⁸ Mangels einer vertraglichen Verpflichtung gab es demzufolge keine Investition. In den Worten des Schiedsgerichts:

„A crucial and essential feature of what occurred between the Claimant and the Respondent in this case was that first, the Respondent took great care in the documentation relied upon by the Claimant to point out that none of the documents, in conferring exclusivity upon the Claimant,

⁴⁴⁵ Ebenda, S. 151, Rn. 33 (Hervorgehoben vom Verfasser); ebenda, S. 158, Rn. 59: „In the absence of a generally accepted definition of investment for the purpose of the ICSID Convention, the Tribunal must examine the current and past practice of ICSID and the practice of States as evidenced in multilateral and bilateral treaties and agreements binding on States, notably the United States–Sri Lanka BIT.“

⁴⁴⁶ Ebenda, S. 151, Rn. 34.

⁴⁴⁷ Anderer Ansicht Walid Ben Hamida, *The Mihaly v. Sri Lanka Case: some Thoughts relating to the Status of Pre-Investment Expenditures*, in: Todd Weiler (Ed.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, London, 2005 S. 47 (58-59), der diese Herangehensweise unter dem Aspekt der völkerrechtlichen Rechtsquellen behandelt.

⁴⁴⁸ Ebenda, S. 155, Rn. 47; ebenda, S. 158, Rn. 59: „The Tribunal concludes in regard to the three Letters of Intent, of Agreement and of Extension successively issued by and on behalf of the Government of Sri Lanka in the course of 1993 and 1994 that none of these Letters contains any binding obligation either on Sri Lanka or on the Claimant.“

created a contractual obligation for the building, ownership and operation of the power station. Second, the grant of exclusivity never matured into a contract. To put it rhetorically, what else could the Respondent have said to exclude any obligations which might otherwise have attached to interpret the expenditure of the moneys as an admitted investment?“

Letztendlich erklärte das Tribunal, dass der Begriff „Investition“ nicht nur eine objektive Zuständigkeitsvoraussetzung gemäß Art. 25 ICSID-Üb., sondern auch Teil der in dem BIT niedergelegten Einigung sei,⁴⁴⁹ und verneinte das Vorhandensein einer Investition auch anhand des BIT.⁴⁵⁰

Bewertung

Der völkerrechtliche Auslegungsprozess im Falle Mihaly beruhte ausschließlich auf dem systematischen Interpretationselement der späteren Übung gemäß Art. 31(3)b der WVK. Verglichen mit dem Verfahren Fedax und insbesondere mit dem Fall CSOB befürwortete der Schiedsspruch Mihaly keine liberale Auslegung des Terminus „Investition“. Deutlich ist ferner, dass weder das Telos noch die sich auf den Wortlaut des Begriffs „Investition“ i.S.v. Art. 25 ICSID-Üb. beziehenden objektiven Merkmale des Verfahrens Salini berücksichtigt wurden. Die Betonung des evolutiven Charakters des Begriffs „Investition“ durch das Tribunal in Randnummer 33 seines Schiedsspruchs könnte im vorliegenden Fall eine besondere Berücksichtigung des normativen Umfelds dieses Begriffes im Sinne von Art. 31(3)c WVK bezüglich der Möglichkeit der Einbeziehung von Proinvestitionskosten in Art. 25 ICSID-Üb. erfordern.⁴⁵¹ Abgesehen von der etwaigen Korrektheit⁴⁵² des Schiedsspruchs und der unbestrittenen Durchführung des „Zwei-Stufen-Tests“ lässt sich im Ergebnis feststellen, dass die völkerrechtlich gebotene Interpretationsmethode durch den bescheidenen Rückgriff des Panels auf ein Auslegungselement der WVK nicht eingehalten wurde. Letzten Endes erfolgte die Feststellung des Nichtvorliegens einer Investition nicht über das

⁴⁴⁹ Ebenda, S. 157, Rn. 52.

⁴⁵⁰ Ebenda, S. 157, Rn. 54.

⁴⁵¹ Vgl. auch Individual Concurring Opinion by Mr. David Suratgar, ICSID Review/FILJ Vol. 17 (2002), S. 161 (163), Rn. 6, der seinerseits die Einführung der späteren rechtlichen und kommerziellen Praxis aus der MIGA, der Organisation zur Förderung der Amerikanischen Investitionen im Ausland (OPIC), der Weltbank und der Internationale Finanz-Corporation in den Auslegungsprozess für erforderlich hielt, was allerdings nicht unter Art. 31(3)b WVK, sondern, sofern es sich um „Völkerrechtssätze“ handelt, unter Art. 31(3)c WVK subsumierbar ist.

⁴⁵² Vgl. Schreuer (Fn. 87), S. 130, Rn. 101. Aus wirtschafts- und rechtspolitischen Gründen die Richtigkeit des Schiedsspruches befürwortend und die konkurrierende Meinung von Suratgar kritisierend Yala (Fn. 401), S. 121-122 sowie Robert Hornick, *The Mihaly Arbitration - Pre-Investment Expenditure as a Basis for ICSID-Jurisdiction*, Journal of International Arbitration, Vol. 20 (2003), S. 189 (192-193).

Völkerrecht, sondern über die Prüfung der Verbindlichkeit des Verhältnisses zwischen Gaststaat und Investor.⁴⁵³

e) SGS v. Pakistan (Feliciano, Faurès, Thomas), 06.08.2003

Gemäß dem im Jahre 1994 zwischen der schweizerischen Gesellschaft SGS und Pakistan abgeschlossenen Vertrag („PSI-Agreement“) leistete die schweizerische Gesellschaft Vorversandkontrolldienstleistungen („pre-shipment inspection services“) im Hinblick auf die Einfuhr von Waren aus anderen Staaten nach Pakistan. Zusätzlich sah der PSI-Vertrag die Einrichtung von Verbindungsstellen („liaison offices“) in Pakistan sowie die Unterstützung und die Ausbildung der pakistanischen Zollbehörden vor. Dabei wurden die Dienstleistungen teilweise im Territorium von Pakistan und teilweise im Territorium der Herkunftsländer der einzuführenden Produkte erbracht. Als Pakistan den PSI-Vertrag kündigte, beantragte die SGS die Einleitung eines ICSID-Schiedsverfahrens. Das Schiedsgericht hatte zu beurteilen, ob die Vorversandkontrolldienstleistungen gemäß dem PSI-Vertrag eine Investition im „Territorium von Pakistan“ darstellen.

Das Panel führte zuerst aus, dass das ICSID-Übereinkommen die Grenzen des Terminus „Investition“ nicht festlege⁴⁵⁴ „leaving to the Contracting Parties a large measure of freedom to define that term as their specific objectives and circumstances may lead them to do so.“ In der Fußnote Nummer 153 merkte es in diesem Zusammenhang an, dass diese Freiheit nicht uneingeschränkt zu sein scheine, da der Terminus „Investition“ einen Kerninhalt habe, der ihn von einem normalen Handelsgeschäft, wie z. B. einem einfachen Kaufvertrag oder einem Dienstleistungsverkauf, unterscheide.⁴⁵⁵ Um dies zu bestätigen, verwies das Schiedsgericht an dieser Stelle auf das Verfahren Fedax und erwähnte weiterhin die darin dargelegten Hauptmerkmale einer Investition. Im Corpus des Schiedsspruches erfolgte hiernach die Prüfung, ob die vorhandene Transaktion in den Anwendungsbereich des Begriffs „Investition“ gemäß dem zwischen der Schweiz und Pakistan abgeschlossenen BIT falle. Der Feststellung des Vorliegens einer Investition nach den Vorschriften des BIT folgte der Satz:⁴⁵⁶

„We hold, moreover, that the ICSID Convention’s requirement that there be a legal dispute arising directly out of an “investment” is satisfied.“

⁴⁵³ Vgl. Ben Hamida (Fn. 447), S. 61-62. Dazu kritisch Suratgar (Fn. 451), S. 162, Rn. 6.

⁴⁵⁴ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Objections to Jurisdiction, ICSID Review/FILJ Vol. 18 (2003), S. 301 (337), Rn. 133.

⁴⁵⁵ Ebenda, S. 347, Fußnote 153.

⁴⁵⁶ Ebenda, S. 350, Rn. 140.

Bewertung

Das ICSID-Tribunal im SGS-Pakistan-Verfahren betrachtete den Begriff „Investition“ als eine subjektive, also von der jeweiligen Einigung geregelten Zuständigkeitsvoraussetzung, denn hier fand, anders als in den bislang dargelegten Schiedssprüchen, keine Prüfung von deren Vorliegen im Rahmen der ICSID-Konvention statt.⁴⁵⁷ Dadurch wurde die Normativität des Terminus „Investition“ gemäß Art. 25 ICSID-Üb., also dass die Zuständigkeit des Zentrums durch eine selbständige völkerrechtliche Vorschrift geregelt wird, aus methodologischer Sicht in Frage gestellt. Aus den Ausführungen des Panels in der Fußnote Nr. 153 kann man nur implizieren, dass, abgesehen von den normalen Handelsgeschäften, alle weiteren Transaktionen als Investitionen betrachtet werden könnten. Fraglich bleibt aber, weshalb das Schiedsgericht in seiner Fußnote Nr. 153 die Investitionsmerkmale darlegte, ohne im Corpus des Schiedsspruchs Bezug auf sie zu nehmen, zumal sie bereits im Verfahren Salini in vollem Umfang angewandt wurden.

f) SGS v. Philippines (El-Kosheri, Crawford, Crivellaro), 29.01.2004

Auf fast identischem Sachverhalt wie der Fall SGS-Pakistan beruht das Verfahren SGS-Philippinen. Das ICSID-Panel hatte hier darüber zu urteilen, ob die aufgrund des zwischen der SGS und den Philippinen abgeschlossenen Vertrags („comprehensive import supervision services Agreement“) geleisteten Vorversandkontrolldienstleistungen als eine „Investition im Territorium der Philippinen“ anzusehen waren. In diesem Fall legte das Schiedsgericht eher Wert auf die genaue Feststellung der Lage der Investition gemäß den Vorschriften des BIT als auf das tatsächliche Vorliegen einer Investition. Nach einer ausführlichen Befassung mit den faktischen und rechtlichen die Territorialität der Investition gemäß dem BIT betreffenden Umständen⁴⁵⁸ stellte das Panel fest:⁴⁵⁹

„Moreover the present dispute concerns the service so provided and arises directly out of it, within the meaning of Article 25(1) of the ICSID Convention.“

Das Ergebnis des Schiedsspruchs lautete:⁴⁶⁰

„Thus the present dispute falls within the scope of the BIT in accordance with Article II.“

⁴⁵⁷ Dazu ausführlich Yala (Fn. 401), S. 116-117.

⁴⁵⁸ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, Decision on Objections to Jurisdiction, Rn. 101-110, abrufbar unter <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

⁴⁵⁹ Ebenda, Rn. 112.

⁴⁶⁰ Ebenda, Rn. 112.

Bewertung

Ähnlich wie im Verfahren SGS-Pakistan wurde im vorliegenden Fall der Terminus „Investition“ des ICSID-Übereinkommens als von dem des BIT absorbiert behandelt, und demzufolge wurde nicht geprüft, ob die Vorversandskontrolldienstleistungen an sich Investitionen im Sinne von Art. 25 darstellten.

g) Joy Mining v. Egypt (Orrego Vicuña, Weeramantry, Craig), 04.08.2004

Die englische Gesellschaft Joy Mining machte vor einem ICSID-Panel geltend, dass sie aus ihrer Garantieverpflichtung, die sich aus dem zwischen ihr und einer ägyptischen Stelle abgeschlossenen Vertrag über die Lieferung von Bergbaugerätschaften ergab, zu befreien sei. Das Tribunal hatte zu beurteilen, ob Bürgschaften als eine Investition qualifiziert werden können. Nachdem das Schiedsgericht das Vorliegen einer Investition nach dem zwischen dem Vereinigten Königreich und Ägypten vereinbarten BIT verneinte, fokussierte es auf die Investitionsanforderung des Art. 25 des ICSID-Üb.

Zuerst wies das Tribunal darauf hin, dass der Begriff „Investition“ trotz des Fehlens einer Definition eine objektive Bedeutung habe, deren Reichweite nicht durch die jeweilige Einigung der Parteien bestimmt werden könne. Wäre dies der Fall, dann wäre Art. 25 obsolet.⁴⁶¹

Anschließend stellte es auf die Elemente einer Investition ab, namentlich: gewisse Dauer, regelmäßiger Gewinn und Rückvergütung, Restrisiko, erhebliche Höhe und besonderer Beitrag zur Entwicklung des Gaststaates.⁴⁶² Diese Voraussetzungen sollten angesichts einer komplexen Operation nicht isoliert geprüft werden, da im Mittelpunkt die pauschale Bewertung der Operation stehe.⁴⁶³ Demnach sollte eher geprüft werden, ob der ganze Lieferungsvertrag als Investition im Sinne des Art. 25 zu qualifizieren sei, obwohl das Tribunal nur zur Beurteilung des Status und der Auswirkungen der Bürgschaften aufgerufen sei.⁴⁶⁴ Hiernach kam das Tribunal zur Anwendung der Investitionskriterien.

Aus der Prüfung des Zwecks und des Inhalts des Vertrags ergebe sich, dass der Vertrag kommerzielle bzw. kaufvertragliche Elemente enthalte.⁴⁶⁵ Die Tatsache, dass die

⁴⁶¹ Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, Award on Jurisdiction, ICSID Review/FILJ Vol. 19 (2004), S. 486 (499), Rn. 49.

⁴⁶² Ebenda, S. 500, Rn. 53.

⁴⁶³ Ebenda, S. 500, Rn. 54: „The parties to a dispute cannot by contract or treaty define as investment, for the purpose of ICSID jurisdiction, something which does not satisfy the objective requirements of Article 25 of the Convention. Otherwise Article 25 and its reliance on the concept of investment, even if not specifically defined, would be turned into a meaningless provision.“

⁴⁶⁴ Ebenda, S. 501-502, Rn. 55 ff.

⁴⁶⁵ Ebenda, S. 501, Rn. 55-56.

Gesamtsumme der Bergbaugerätschaften in einer früheren Phase bezahlt wurde, zeige, dass die Dauer des Engagements nicht besonders erheblich sei. Ebenso wenig sei dies der regelmäßige Gewinn und die Rückvergütung.⁴⁶⁶ Das Risiko unterscheide sich nicht von dem der Handelsverträge. Die Höhe des Preises der Bergbaugerätschaften sowie die der Bürgschaften und gegebenenfalls der Beitrag zur Entwicklung des Bergbaugeschäfts seien zwar relativ erheblich, aber dies betreffe nur einen kleinen Teil des Projekts. Und sicherlich sei die vorliegende Situation keinesfalls mit den Konzepten der Wirtschaftsentwicklungsverträge oder mit den Verträgen zur Konzession der Daseinsvorsorge vergleichbar.

Eingedenk der weiten Interpretation des Terminus „Investition“ durch viele ICSID- und andere Schiedssprüche hielt es das Tribunal letztendlich für erforderlich, den vorliegenden Fall von den vergangenen ICSID-Schiedssprüchen zu unterscheiden.⁴⁶⁷ Im Gegensatz zum Fedax-Schiedsspruch diene das vorhandene Engagement weder dem öffentlichen Interesse, noch begünstige es den Gaststaat. Verglichen mit dem Salini-Urteil seien hier weder eine enorme Investition noch ein langjähriges Engagement, ein offensichtliches Risiko oder ein eindeutiger Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates feststellbar. Außerdem bemerkte das Tribunal, dass die weite Interpretation des Terminus „Investition“ an solche Fälle anknüpfe, in denen entweder die Natur der Transaktion als Investition nicht bezweifelt werden könne oder es um Konzessionsverträge zur Ausübung öffentlicher Aufgaben im Namen des Staates ging.⁴⁶⁸

Im Ergebnis stellte es fest, dass die Bürgschaften nicht als eine Investition gemäß dem ICSID-Üb. zu qualifizieren seien.

Bewertung

Die sieben Monate nach dem Erlass des SGS-Philippinen-Schiedsspruchs gefällte Entscheidung im Falle Joy Mining befürwortete ihrerseits die ausschließlich objektive Bedeutung der Investition im Sinne des ICSID-Üb., deren Vorhandensein über die Anwendung von Investitionskriterien erfolgte. Zu bemerken ist, dass sich das Schiedsgericht der weiten Auslegung dieses Terminus durch vergangene Panels bewusst war und seine Entscheidung ausdrücklich mit den Verfahren Fedax und Salini verglich. Angesichts der Tatsache, dass nur die beiden letztgenannten Fälle die Existenz von Investitionskriterien

⁴⁶⁶ Ebenda, S. 501, Rn. 57.

⁴⁶⁷ Ebenda, S. 502-503, Rn. 60 ff.

⁴⁶⁸ Ebenda, S. 502, Rn. 59.

anerkannten, kann man wohl davon ausgehen, dass der vorliegende Schiedsspruch ihnen institutionelle Geltung verschuf.

h) PSEG v. Turkey (Orrego Vicuña, Fortier, Kaufmann-Kohler), 04.06.2004

Im Rahmen ihrer Wirtschaftsentwicklungspolitik erließ die Türkische Republik Gesetze, welche Privatunternehmen berechtigten, Kraftwerke zu bauen und die erzeugte Elektrizität den türkischen Behörden zu verkaufen. Demnach wurde 1998 ein Konzessionsvertrag mit dem U.S.-amerikanischen Investor PSEG zum Bau eines Elektrizitätskraftwerkes in der türkischen Provinz Konya abgeschlossen. Wegen Streits über die Reichweite der darin niedergelegten Verpflichtungen initiierte der Investor ein ICSID-Schiedsverfahren. Fraglich war, ob der Konzessionsvertrag eine Investition darstellt.

Das Schiedsgericht hatte zunächst zu prüfen, ob eine Investition existierte. Das Hauptargument der Türkischen Republik bestand darin, dass es weder einen gültigen noch einen verbindlichen Vertrag gebe, da sich die Parteien nicht auf die „essential commercial terms“ des Projekts hätten einigen können. Mit anderen Worten gebe es keine Willenseinigung.⁴⁶⁹ Der Fall sei zudem, so der Beklagte, analog zu dem Verfahren Mihaly. Es liege daher keine Investition vor, da weder ein verbindlicher noch ein gültiger Konzessionsvertrag abgeschlossen worden sei. Das Panel äußerte hingegen kategorisch: Erstens hätten die Streitparteien im Falle Mihaly keinen Vertrag abgeschlossen.⁴⁷⁰ Zweitens:⁴⁷¹

„A contract is a contract. The Concession Contract exists, is valid and is legally binding. This conclusion is sufficient to establish that the Tribunal has jurisdiction on the basis of an investment having been made in the form of a Concession Contract.“

Danach prüfte das Tribunal, ob die vorhandene Rechtsstreitigkeit unmittelbar mit einer Investition zusammenhing. In diesem Kontext argumentierte der Beklagte, dass keine Investition im Sinne des Art. 25 ICSID-Üb. vorliege, wenn die vorgenommenen Aktivitäten bzw. Transaktionen nicht als Investitionen im Sinne des BIT qualifiziert würden, da das ICSID-Übereinkommen eine Definition den Parteien überlassen habe.⁴⁷² Artikel VI(1) des U.S.-türkischen BIT definierte als Investitionsstreitigkeit:⁴⁷³

⁴⁶⁹ PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi, Decision on Jurisdiction, ILM Vol. 44 (2005), S. 465 (477), Rn. 67.

⁴⁷⁰ Ebenda, S. 482, Rn. 103.

⁴⁷¹ Ebenda, S. 482, Rn. 104.

⁴⁷² Ebenda, S. 483, Rn. 107.

⁴⁷³ Ebenda, S. 482-482, Rn. 106 (Hervorgehoben vom Verfasser).

„a dispute involving (a) the interpretation or application of an investment agreement between a Party and a national or company of the other Party; (b) the interpretation or application of any investment authorization granted by a Party's foreign investment authority to such national or company; or (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment.“

Der Kläger, also die Gesellschaft PSEG, vertrat eine ähnliche Ansicht wie der Beklagte:⁴⁷⁴

„As the dispute falls within the terms of Article VI of the Treaty, the jurisdictional requirement of Article 25 (1) of the Convention has been met as the dispute arises directly from the investment.“

Er verwies zudem auf das Gesamtbewertungserfordernis der Elemente einer Investition im Falle von komplexen Projekten, wie es in der vergangenen ICSID-Judikatur entwickelt wurde. Nachdem das Panel die Gültigkeit und die Verbindlichkeit des Konzessionsvertrages in Erinnerung rief, prüfte es die Erfüllung der Bestandteile von Art. VI(1) des BIT⁴⁷⁵ und kam zum folgenden Ergebnis:⁴⁷⁶

„The Tribunal accordingly finds that it has jurisdiction under this heading [Jurisdictional objection concerning the question that the dispute does not arise directly out of an investment.] as the dispute concerned arises directly out of an investment in terms of the interpretation and application of the Contract and the investment authorization, as well as in terms of Treaty rights connected to this investment that could have been compromised.“

Bewertung

Der Aufbau des Schiedsspruchs PSEG betrifft einerseits die Feststellung der Existenz einer Investition und andererseits die Ermittlung, ob die vorliegende Transaktion, also der Konzessionsvertrag, in seine Zuständigkeit gemäß Art. 25(1) fällt. Bezüglich der ersten Frage steht das Erfordernis des Vorliegens einer verbindlichen vertraglichen Verpflichtung im Einklang mit dem Mihaly-Schiedsspruch. Allerdings setzt sich das Panel im Hinblick auf die Beantwortung der zweiten Frage nicht mit dem Begriff „Investition“ im Sinne des Übereinkommens auseinander, sondern es befasst sich ausschließlich mit der in dem BIT enthaltenen Definition. Vielmehr wird diese Zuständigkeitsvoraussetzung in den Ausführungen des Tribunals weder erwähnt noch behandelt.

⁴⁷⁴ Ebenda, S. 483, Rn. 110.

⁴⁷⁵ Ebenda, S. 484-485, Rn. 114-123.

⁴⁷⁶ Ebenda, S. 485, Rn. 124 (Hervorgehoben vom Verfasser).

i) LESI-DIPENTA v. Algeria (Tercier, Faurès, Gaillard), 10.01.2005

Kernfrage des Verfahrens LESI war, ob ein Vertrag über den Bau eines Wasserdamms zur Trinkwasserversorgung von Algier eine Investition im Sinne von Artikel 25 des ICSID-Übereinkommens darstellt.

Das Schiedsgericht stellte zunächst fest, dass das ICSID-Übereinkommen keine Definition der Investition enthalte, obwohl sie seine Zentralbestimmung sei. Es sei ferner keine Aufgabe des Tribunals, zu dieser Frage Stellung zu nehmen, sondern eher darüber zu entscheiden, ob und unter welchen Umständen ein Bauvertrag die Bedingungen einer Investition erfüllen könne.⁴⁷⁷

Bezüglich des Falles Salini, auf den beide Streitparteien verwiesen, stellte das Tribunal klar, dass es keinen Einzelfall bilde, sondern Teil der gegenwärtigen Judikatur sei, welche in ganz weitgehender Weise anerkenne, welche Transaktionen als Investition qualifiziert werden können.⁴⁷⁸ In diesem Kontext wies das Tribunal auf das Fedax-, das CSOB- und auf beide SGS-Verfahren hin und betonte, dass diese Entscheidungen keine klaren Leitlinien für das Vorhandensein einer Investition zur Verfügung stellten. Es hob allerdings hervor, dass aus diesen Fällen manche objektiven Kriterien entstünden.⁴⁷⁹ Somit sei es im Einklang mit dem Übereinkommen, wenn für die Qualifizierung eines Vertrags als Investition die folgenden drei Kriterien erfüllt seien:⁴⁸⁰

- a) „the contracting party has made contributions in the host country;
- b) those contributions had a certain duration; and
- c) they involved some risks for the contributor.“

Andererseits, fügte das Tribunal hinzu, sei es nicht erforderlich, dass eine Investition in besonderer Weise einen Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates leiste, da dies schwierig zu ermitteln und implizit durch die anderen drei Kriterien gedeckt sei. Hiernach kam das Tribunal zur Auslegung und Anwendung der drei Investitionsvoraussetzungen.

Der Begriff Beiträge schließe zunächst ein finanzielles Engagement ein. Es wäre jedoch eine sehr restriktive Auslegung, andere Leistungen nicht als Beiträge anzuerkennen. Die Beiträge würden dann aus Darlehen, Rohstoffen, Werkanlagen oder Dienstleistungen bestehen,

⁴⁷⁷ Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA v. Algeria, Award, Rn. 13(i), abrufbar unter http://www.worldbank.org/icsid/cases/lesi_award_en.pdf [englische inoffizielle Übersetzung] (zuletzt besucht am 13.09.2007).

⁴⁷⁸ Ebenda, Rn. 13(ii).

⁴⁷⁹ Ebenda, Rn. 13(iii).

⁴⁸⁰ Ebenda, Rn. 13(iv).

vorausgesetzt, dass sie einen ökonomischen Wert hätten.⁴⁸¹ Mit anderen Worten müsse der Unternehmer irgendwie Ausgaben getätigt haben, um ein ökonomisches Ziel zu verfolgen.

Hinsichtlich der Dauer wies das Tribunal darauf hin, dass sie weit zu verstehen sei, und berücksichtigte in diesem Zusammenhang auch den entwicklungsfördernden Charakter der Investition. Um über eine Investition im Sinne des Übereinkommens sprechen zu können, müsse ein finanzielles Engagement von erheblichem Wert vorhanden sein, so dass die ganze Operation als der Ökonomie und der Entwicklung des betreffenden Staates förderlich angesehen werden könne.⁴⁸² Die zu Bauverträgen verfügbare Rechtsprechung beruhe auf der Dauer des Vertrages, welche im vorliegenden Falle als ein gutes Maß anzusehen sei, insofern als der Vertrag ein Projekt ausgesprochener nationaler Bedeutung betreffe.

Die Risikovoraussetzung sei des weiteren auch im Lichte des Zieles des ICSID-Übereinkommens zu verstehen. Der Gedanke sei gewesen, den Unternehmen, die in einem anderen Land zu investieren suchen, eine besondere Gewährleistung zur Verfügung zu stellen.⁴⁸³ Es wäre daher sehr einschränkend, die Anwendung des Übereinkommens auf Verträge, die ein solches Restrisiko enthalten, wie das der Versicherungsverträge, oder auf bestimmte Darlehensverträge zu limitieren. Vielmehr könne das fragliche Risiko auf jeden Vertrag, der ein hohes Risiko für die Vertragspartei einschließe, Anwendung finden.

Mittels der Subsumtion des Sachverhaltes in dieser Auslegung wurde letztendlich der Wasserdammbauvertrag als Investition im Sinne von Art. 25 qualifiziert. Darauf folgend stellte das Panel fest, dass die vorhandene Transaktion in den Anwendungsbereich der weiten Definition des BIT fiel.⁴⁸⁴

Bewertung

Im Einklang mit der Rechtsprechung Salini und Joy Mining betrachtete das Tribunal im Verfahren LESI die Investition im Sinne des Übereinkommens als einen objektiven Begriff, dessen Vorhandensein der Erfüllung spezifischer Merkmale unterliegt. Es ist aber anzumerken, dass das besondere Erfordernis eines entwicklungsfördernden Charakters gewissermaßen in Frage gestellt wurde, was eine Abweichung von den festgelegten Investitionskriterien darstellt. Überblickt man letztlich die Auslegung der hier dargelegten Investitionskriterien, dann zeigt sich, dass das Panel deren weites Verständnis befürwortete.

⁴⁸¹ Ebenda, Rn. 14(i).

⁴⁸² Ebenda, Rn. 14(ii).

⁴⁸³ Ebenda, Rn. 14(iii).

⁴⁸⁴ Ebenda, Rn. 24(ii).

3. Ergebnis

Aus der Analyse der behandelten ICSID-Rechtsprechung ergibt sich, dass weitgehende Unklarheit bezüglich der Auslegung des Begriffs „Investition“ im Sinne des ICSID-Übereinkommens besteht.

Die Feststellung des Vorhandenseins einer Investition erfolgte in einem Teil der ICSID-Rechtsprechung über den „Zwei-Stufen-Test“. Es wurde daher separat geprüft, ob eine Transaktion eine Investition im Sinne des BIT und des ICSID-Übereinkommens darstellt. Durch das Abstellen auf die historische Auslegung des Begriffs „Investition“ i.S.v. Art. 25 ICSID-Üb. nach dem Bericht der Exekutivdirektoren der Weltbank wurde in diesen Fällen die Einigung als ein Auslegungsfaktor besonderer Gewichtung angesehen (Fedax/CSOB). In gleicher Weise wurde die ganze Interpretation von der Vermutung geleitet, dass der Terminus „Investition“ a priori weit auszulegen ist. Demzufolge spielten im Interpretationsprozess dieser Panels subjektive Auslegungselemente eine besondere Rolle.⁴⁸⁵

Die zweite Entwicklungslinie der Rechtsprechung behandelte die Reichweite des Begriffs „Investition“ des ICSID-Üb. als deckungsgleich mit der in den BITs enthaltenen Definitionen (SGS-Pakistan/SGS-Philippinen/PSEG).⁴⁸⁶ In diesen Verfahren wurde auf die Auslegung des Begriffs „Investition“ im Sinne des ICSID-Übereinkommens verzichtet, da der Interpretationsprozess ausschließlich auf der Einigung beruhte. Implizit kann man davon ausgehen, dass die entstehungsgeschichtliche Auslegung, wie sie der Bericht der Exekutivdirektoren wiedergibt, in vollem Umfang angewandt wurde. Das heißt seinerseits, dass diese Schiedssprüche von einem rein subjektiven Verständnis des Terminus „Investition“ ausgingen. Durch die Herleitung des Vorliegens einer Investition anhand der jeweiligen Einigung wird dem Begriff „Investition“ jeder eigenständige Inhalt und Sinn aberkannt. Eine solche Interpretation scheint mit dem Wortlaut des ICSID-Übereinkommens nicht übereinzustimmen. Denn das Vorliegen der Einigung bildet eine von den in Art. 25(1) niedergelegten Zuständigkeitsvoraussetzungen, zu denen auch das Vorhandensein einer Investition gehört. Die Prüfung des Vorliegens einer Investition ausschließlich im Sinne der BITs ist ein Merkmal der Internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit z. B. nach den UNCITRAL-Regeln oder unter der Ägide der Internationalen Handelskammer, wo die Zuständigkeit der Schiedsgerichte eine „inter partes“-Frage⁴⁸⁷ ist;⁴⁸⁸ nicht aber des auf einem völkerrechtlichen Vertrag beruhenden ICSID-Schiedsgerichtssystems.

⁴⁸⁵ Vgl. etwa auch Ben Hamida (Fn. 447), S. 55.

⁴⁸⁶ Vgl. etwa auch Ben Hamida (Fn. 447), S. 53.

⁴⁸⁷ Nathan (Fn. 53), S. 130 ff.

⁴⁸⁸ Yala (Fn. 401), S. 108; Rubins (Fn. 140), S. 290.

Die dritte Auslegungslinie betraf die Behandlung des Merkmals „Investition“ als ausschließlich objektiver Begriff,⁴⁸⁹ dessen Vorhandensein über den „Zwei-Stufen-Test“ und anhand der Erfüllung bestimmter Merkmale festgestellt wurde (Fedax/Salini/Joy Mining/LESI). In diesen Fällen stimmte der Auslegungsprozess mit dem objektiven Ansatz von Art. 31(1) WVK überein. Überblickt man allerdings die Entwicklung, welche die Investitionskriterien in der Praxis genommen haben, so lässt sich feststellen, dass sie von der Scheinanwendung im Falle Fedax über die Anwendung in den Fällen Salini und Joy Mining zu der weiten und gegenüber dem Telos des ICSID-Übereinkommens zurückhaltenden Anwendung des Schiedsspruchs im Verfahren LESI gekommen sind. Dies zeigt, dass nicht nur der jeweilige Auslegungsstandard, sondern auch die Tragweite des rein objektiven Verständnisses der Investition je nach Panel variierte.

B. Anwendbarkeit der Meistbegünstigungsklausel auf Verfahrens- bzw. auf Streitbeilegungsvorschriften

1. Einführung

Ein allgemeiner Grundsatz, der die Staaten zur gegenseitigen Gleichbehandlung verpflichtet, existiert auf völkerrechtlicher Ebene nicht.⁴⁹⁰ Grundsätzlich sind sie daher frei, ihre internationalen wirtschaftlichen Beziehungen derart zu gestalten, dass sie einzelne Länder gegenüber anderen präferieren oder benachteiligen.⁴⁹¹ Die Absicherung der Gleichbehandlung sollte somit mittels vertraglicher Vorschriften erfolgen. Eine besondere Rolle genießt in diesem Kontext die Meistbegünstigungsklausel (MFN-Klausel), welche in den Worten des IGH darauf abzielt,⁴⁹² „to establish and maintain at all times fundamental equality without discrimination among all of the countries concerned.“

Die Ursprünge der MFN-Klausel gehen auf die Handelsverträge des Mittelalters zurück. Ihr erste Erscheinungsform findet sich bereits in dem Vertrag zwischen Heinrich V. von England und Johan Herzog von Burgund, der am 17.08.1417 in Amiens abgeschlossen wurde.⁴⁹³ Demnach wurde den englischen Schiffskapitänen das Recht gewährt, gefahrlos in den flandrischen Häfen anzulegen, und zwar „in derselben Weise wie es die Franzosen, Holländer, Seeländer und Schotten tun werden“.⁴⁹⁴ Von der Bezugnahme auf einen bestimmten Kreis von Ländern, wie dies in der obigen Klausel der Fall war, hat sich allmählich die

⁴⁸⁹ Vgl. etwa auch Ben Hamida (Fn. 447), S. 53.

⁴⁹⁰ Dolzer (Fn. 25), S. 470, Rn. 16.

⁴⁹¹ Stefan Kramer, Die Meistbegünstigung, RIW (1989), S. 473 (473).

⁴⁹² Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, (France v. United States of America), Judgment, 27.08.1952, ICJ Rep. 1952, S. 176 (192).

⁴⁹³ Kramer (Fn. 491), S. 478.

⁴⁹⁴ Kramer (Fn. 491), S. 478.

Staatenpraxis im siebzehnten und insbesondere im achtzehnten Jahrhundert entfernt.⁴⁹⁵ Nach dem Zweiten Weltkrieg sollte die MFN-Klausel eine zentrale Rolle für die Wiederherstellung der Weltwirtschaft spielen.⁴⁹⁶ Im Jahre 1947 wurde sie als fundamentales Prinzip in Artikel I(1) des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT) verankert, und 1994 wurde sie in die Handelsordnung für Dienstleistungen (GATS) und das Übereinkommen über die handelsbezogenen Aspekte des Geistigen Eigentums (TRIPS) innerhalb des WTO-Systems übernommen.⁴⁹⁷ Die ständig wachsende Bedeutung der MFN-Klausel hat dazu geführt, dass sie heutzutage als „Eckpfeiler“ der internationalen Wirtschaftsordnung gilt.⁴⁹⁸ Im Hinblick auf den Investitionsschutz wird die MFN-Klausel in konsistenter Weise in die BITs aufgenommen, und zwar seit ihrem Aufkommen gegen Ende der fünfziger Jahre.⁴⁹⁹ Eine Meistbegünstigungsklausel in einem völkerrechtlichen Vertrag (Basisvertrag) sichert einem Vertragsstaat - und gegebenenfalls dessen Angehörigen - Ansprüche auf über den Basisvertrag hinausgehende Begünstigungen, welche die andere Vertragspartei einem Drittstaat - und eventuell dessen Angehörigen - vertraglich einräumt (Drittvertrag).⁵⁰⁰ Im investitionsrechtlichen Kontext heißt dies, dass sich die Parteien eines BIT verpflichten, jeweils Investitionen von Angehörigen oder Gesellschaften des anderen Staates und die Investoren selbst nicht weniger günstig zu behandeln als solche dritter Staaten.⁵⁰¹ Zum Beispiel sieht Art. 4(1) des kanadischen Mustervertrages von 2004 vor, dass:

„Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to investors of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of investments in its territory.“

Dem Investor kommt somit die beste Behandlung zugute, welche auch den Angehörigen irgendeines dritten Staates eingeräumt wird.⁵⁰² Als relative Standards, deren Wirkung gewissermaßen von rechtlichen Entwicklungen außerhalb des festgelegten vertraglichen

⁴⁹⁵ Dazu siehe United Nations, International Law Commission, First Report on the Most-Favoured-Nation Clause, in: YBILC Vol. II (1969), S. 157 (160), wo die historische Entwicklung der MFN-Klausel in ausführlicher Weise behandelt wird.

⁴⁹⁶ Jürgen Kurtz, the MFN Standard and Foreign Investment, An Uneasy Fit?, JWIT Vol. 5 (2004), S. 861 (865).

⁴⁹⁷ Vgl. Art. II(1) und XVI(2) GATS sowie Art. 4(1) TRIPS.

⁴⁹⁸ Vgl. Dolzer (Fn. 25), S. 472, Rn. 20.

⁴⁹⁹ Dazu oben: Erster Teil, IV, A. Vgl. auch United Nations, Most-Favoured-Nation-Treatment (Fn. 144), S. 13.

⁵⁰⁰ Herdegen (Fn. 23), S. 38, Rn. 5. Zum rechtlichen Inhalt der MFN-Klausel ausführlicher Günther Jaenicke, Meistbegünstigungsklausel, in: Hans-Jürgen Schlochauer (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. II, Walter de Gruyter, Berlin, 1960, S. 497 (497-499).

⁵⁰¹ Dolzer (Fn. 25), S. 473, Rn. 22.

⁵⁰² Schreuer (Fn. 12), S. 495, Rn. 2642.

Regimes abhängig sind,⁵⁰³ sind die MFN-Klauseln als „drafting (and deletion) by reference“ bezeichnet worden.⁵⁰⁴

Für die Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs einer MFN-Klausel kommt dem Grundsatz des ejusdem generis eine besondere Rolle zu. Darunter versteht man, dass die MFN-Klausel sich auf diejenigen Materien erstreckt, welche im Basisvertrag geregelt sind. In den Worten der Schiedskommission im Falle Ambatielos aus dem Jahre 1956 ist die Funktion des Grundsatzes des ejusdem generis dahingehend zu verstehen, dass:⁵⁰⁵

„The most-favoured-nation clause can only attract matters belonging to the same category of subject as that to which the clause itself relates.“

In der Praxis kann dies sich wohl als schwierig erweisen, denn es setzt wiederum ein Urteil bezüglich der Gleichheit und gegebenenfalls der Vergleichbarkeit der Regelungsmaterie voraus.⁵⁰⁶ In der Regel bezieht sich die MFN-Klausel auf materiellrechtliche Vorschriften. Nicht selten wird sie auch von einem Ausnahmenkatalog flankiert. Somit werden in einigen BITs vom Wirkungsbereich der MFN-Klausel Vergünstigungen, die aufgrund einer Mitgliedschaft in oder einer Assoziierung mit einer Wirtschafts- oder Finanzunion oder einer Freihandelszone gewährt werden, ausgeschlossen.⁵⁰⁷

Eine grundlegende Entscheidung bezüglich des Wirkungsbereichs der MFN-Klausel bildet der bereits erwähnte Ambatielos-Schiedsspruch. In diesem Verfahren hatte eine fünfköpfige Schiedskommission darüber zu entscheiden, ob eine MFN-Klausel, die sich auf „all matters relating to commerce and navigation“ bezog, auf die Ausübung der Gerichtsbarkeit („administration of justice“) erstreckt werden konnte.⁵⁰⁸ Die Schiedskommission verwies zunächst auf den Grundsatz des ejusdem generis. Danach bejahte sie in seinem Lichte eine solche Ausdehnung mit der Begründung:⁵⁰⁹

⁵⁰³ Rudolf Dolzer, Meistbegünstigungsklauseln in Investitionsschutzverträgen, in: Jürgen Bröhmer/Ronald Bieber (u.a.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte - Festschrift für Georg Ress, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2005, S. 47 (47).

⁵⁰⁴ Schwarzenberger (Fn. 395), S. 243.

⁵⁰⁵ Ambatielos Claim, (Greece v. United Kingdom), Arbitration Commission, 06.03.1956, ILR Vol. 23 (1956), S. 306 (319).

⁵⁰⁶ Endre Ustor, Most-Favoured-Nation Clause, EPIL Vol. III (1997), S. 468 (472). Zu den Schwierigkeiten bezüglich der Anwendung des Grundsatzes des ejusdem generis in der Auslegung von MFN-Klauseln siehe insbesondere Rudolf Dolzer/Terry Myers, After Tecmed: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements, ICSID Review/FILJ Vol. 19 (2004), S. 49 (50).

⁵⁰⁷ Dolzer (Fn. 25), S. 473, Rn. 22.

⁵⁰⁸ Ambatielos (Fn. 505), S. 318-319. Siehe dazu Frederick Honig, Der Schiedsspruch im Ambatielos Fall vom 6. März 1956, ZaöRV Bd. 17 (1956), S. 133 (138-139).

⁵⁰⁹ Ambatielos (Fn. 505), S. 319-320. Zu der Auslegungsmethode der MFN-Klausel der Schiedskommission im Falle Ambatielos ausführlich Edvard Hambro, The Ambatielos Arbitral Award, AVR Bd. 6 (1957), S. 152 (169-170).

„It is true that the ‘administration of justice’, when viewed in isolation is a subject-matter other than ‘commerce and navigation’, but this is not necessarily so when it is viewed in connection with the protection of the rights of traders. Protection of the rights of traders naturally finds a place among the matters dealt with by Treaties of commerce and navigation.

Therefore it cannot be said the administration of justice, in so far as it is concerned with the protection of these rights, must necessarily be excluded from the application of the most-favoured-nation clause, when the latter includes ‘all matters relating to commerce and navigation’ The question can only be determined in accordance with the intention of the Contracting Parties as deduced from a reasonable interpretation of the Treaty.“

Die ICSID-Schiedsgerichte ihrerseits sind erstmals im Jahre 2000 zu einem Schiedsspruch im Hinblick auf die Funktion der MFN-Klausel im Bereich des Investitionsschutzes gekommen. Im allgemeinen wurde in einer Reihe von Schiedssprüchen die Frage aufgeworfen, ob die MFN-Klausel auf verfahrensrechtliche, also auf nicht den materiellen Schutz betreffende Vorschriften ausgedehnt werden könne. Nachfolgend ist somit zu untersuchen, ob sich die seitdem entstandene Judikatur in homogener Weise entwickelt hat.

2. Fallstudien

a) Maffezini v. Spain (Orrego Vicuña, Buergenthal, Wolf), 25.01.2000

Artikel IV des zwischen Argentinien und Spanien vereinbarten BIT enthält eine sehr weit gefasste Meistbegünstigungsklausel, wonach sich die Meistbegünstigung auf „all matters subject to this Agreement“ erstreckt. Im Falle einer Streitigkeit zwischen einem Investor und einem Gaststaat muss der Kläger nach Art. X des BIT sich zunächst an die nationalen Gerichte wenden. Erst nach dem Ablauf einer achtzehnmonatigen Frist, innerhalb der die nationalen Gerichte über die Investitionsstreitigkeit zu entscheiden haben, ist die Einleitung eines internationalen Schiedsverfahrens gestattet (18-Monate-Klausel). Maffezini machte geltend, dass er sich aufgrund der weiten MFN-Klausel auf das zwischen Spanien und Chile vereinbarte BIT berufen könne, das keine vorherige Beteiligung der nationalen bzw. der spanischen Gerichte erfordert.⁵¹⁰ Spanien behauptete unter anderem hingegen, die Formulierung „matters“ beziehe sich auf Fragen des materiellen Rechts und nicht auf Verfahrens- bzw. Zuständigkeitsfragen. Daher stehe der Anspruch des Investors dem Grundsatz des ejusdem generis entgegen.⁵¹¹

⁵¹⁰ Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain, Decision on Objections to Jurisdiction, Rn. 40, abrufbar unter http://ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Jurisdiction-English_000.pdf (zuletzt besucht am 13.09.2007).

⁵¹¹ Ebenda, Rn. 41.

Das Schiedsgericht stellte fest, dass die zu beantwortende Frage darin bestand, ob die Streitbeilegungsklauseln eines Drittvertrages als Regelungsmaterie der MFN-Klausel anzusehen waren im Sinne des Grundsatzes des ejusdem generis.⁵¹² Hiernach betonte das Tribunal, dass die Ambatielos-Schiedskommission die Ausdehnung der MFN-Klausel auf die Ausübung der Gerichtsbarkeit („administration of justice“) als im Einklang mit dem Ejusdem Generis-Regel befand,⁵¹³ und erklärte, dass die Wirkung der MFN-Klausel aus dieser Perspektive betrachtet werden müsse,⁵¹⁴ d. h. „in accordance with the intention of the Contracting Parties as deduced from a reasonable interpretation of the Treaty.“

Anschließend prüfte das Tribunal die bestehende BIT-Praxis und bemerkte, dass manche BITs ausdrücklich die Ausdehnung der MFN-Klauseln auf Streitbeilegungsfragen, wie z. B. die durch das Vereinigte Königreich abgeschlossenen bilateralen Investitionsschutzabkommen, vorsähen. In diesen Fällen sei es unstrittig, dass die Parteien die Anwendung der MFN-Klausel auf Streitbeilegungsfragen beabsichtigt hätten und infolgedessen das durch die Ambatielos-Schiedskommission vorgeschlagene Kriterium der Absicht („intention“) erfüllt werde.⁵¹⁵ Andere BITs enthielten weite MFN-Klauseln („all rights contained in the present Agreement“/„all matters subject to this Agreement“). Diese jedoch, so das Tribunal, regelten nicht ausdrücklich, dass Vorschriften über die Durchführung von Investitionsstreitigkeiten an sich durch die MFN-Klauseln abgedeckt würden. An dieser Stelle formulierte das Panel seinen Auslegungsvorgang: Es müsse somit wie im Schiedsverfahren Ambatielos festgestellt werden, ob die Unterlassung [ausdrücklich zu regeln, dass die Streitbeilegung an sich durch die MFN-Klauseln abgedeckt wird] beabsichtigt sei oder ob die Unterlassung aus der Praxis der Vertragsparteien im Hinblick auf die Behandlung von ausländischen wie inländischen Investoren gefolgert werden könne.⁵¹⁶

Im Hinblick auf die Feststellung der Absicht der Parteien stellte das Tribunal fest, dass die Streitbeilegungsklausel einen untrennbaren Teil des Investitionsschutzes bilde. Insbesondere führte das Panel aus:⁵¹⁷

„Notwithstanding the fact that the basic treaty containing the clause does not refer expressly to dispute settlement as covered by the most favored nation clause, the Tribunal considers that there are good reasons to conclude that today dispute settlement arrangements are inextricably

⁵¹² Ebenda, Rn. 46.

⁵¹³ Ebenda, Rn. 50.

⁵¹⁴ Ebenda, Rn. 51.

⁵¹⁵ Ebenda, Rn. 52.

⁵¹⁶ Ebenda, Rn. 53: „Hence, like in the *Ambatielos* Commission of Arbitration it must be established whether the omission was intended by the parties or can reasonably be inferred from the practice followed by the parties in their treatment of foreign investors and their own investors.“

⁵¹⁷ Ebenda, Rn. 54 (Hervorgehoben vom Verfasser).

related to the protection of foreign investors, as they are also related to the protection of rights of traders under treaties of commerce.“

Für die Begründung dieser These griff das Tribunal auf den historischen Schutzzweck der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zurück.⁵¹⁸

„International arbitration and other dispute settlement arrangements have replaced these older and frequently abusive practices of the past. These modern developments are essential, however, to the protection of the rights envisaged under the pertinent treaties; they are also closely linked to the material aspects of the treatment accorded. Traders and investors, like their States of nationality, have traditionally felt that their rights and interests are better protected by recourse to international arbitration than by submission of disputes to domestic courts, while the host governments have traditionally felt that the protection of domestic courts is to be preferred.“

Demzufolge kam es zu der Formulierung der Maxime, dass günstigere Streitbeilegungsvorschriften eines Drittvertrags mittels der MFN-Klausel in den Basisvertrag eingeführt werden können, da sie völlig im Einklang mit dem Grundsatz des *eiusdem generis* stünden.⁵¹⁹

Zur Bestätigung seiner Schlussfolgerung zog das Schiedsgericht als ergänzende Auslegungsmittel die Umstände des Vertragsabschlusses des BIT heran und befasste sich unter anderem ausführlich mit der spanischen Abschlusspraxis von bilateralen Investitionsschutzabkommen mit dritten Staaten,⁵²⁰ eine Herangehensweise, die unter Art. 32 WVK zu subsumieren ist.

Nach der Betonung der Tatsache, dass die Anwendung von Meistbegünstigungsklauseln auf Streitbeilegungsvereinbarungen im Rahmen von Investitionsschutzabkommen zu einer Harmonisierung und Ausweitung des Anwendungsbereichs solcher Vereinbarungen führen könnte,⁵²¹ kam letztendlich das Schiedsgericht zu einer exemplarischen Darstellung von Gemeinwohlerwägungen, welche die Ausweitung von MFN-Klauseln auf verfahrensrechtliche Regelungen über die Durchführung von Investitionsstreitigkeiten ausschlossen, wenn diese von den Staatsparteien als grundlegende Bedingungen für die Akzeptanz des fraglichen Investitionsschutzabkommens betrachtet würden.⁵²² Dazu zählen:

⁵¹⁸ Ebenda, Rn. 55.

⁵¹⁹ Ebenda, Rn. 56: „From the above considerations it can be concluded that if a third-party treaty contains provisions for the settlement of disputes that are more favorable to the protection of the investor's rights and interests than those in the basic treaty, such provisions may be extended to the beneficiary of the most favored nation clause as they are fully compatible with the *eiusdem generis* principle.“

⁵²⁰ Ebenda, Rn. 57-61.

⁵²¹ Ebenda, Rn. 62.

⁵²² Ebenda, Rn. 63.

(a) Abgabe der Zustimmung zu einem Schiedsverfahren unter dem Vorbehalt der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges. (b) Streitbeilegungsvereinbarungen, die eine Gabelungsklausel beinhalten. (c) Ausdrücklicher Verweis auf ein Schiedsforum wie das ICSID-Zentrum. (d) Einigung der Parteien auf ein hoch institutionalisiertes Schiedssystem wie das des NAFTA-Abkommens.

Der Investor sei im Ergebnis berechtigt, ein Schiedsverfahren ohne vorherige Beteiligung der spanischen Gerichte einzuleiten. Öffentliche Interessen stünden dem nicht entgegen.

Bewertung

Auf dem Schiedsspruch *Ambatielos* beruhend formulierte das ICSID-Tribunal in Randnummer 53 seines Schiedsspruchs seinen Interpretationsleitfaden wie folgt:

„[I]t must be established whether the omission [to provide expressly that dispute settlement as such is covered by the clause] was intended by the parties or can reasonably be inferred from the practice followed by the parties in their treatment of foreign investors and their own investors.“

Mit anderen Worten ging das Tribunal im Falle *Maffezini* davon aus, dass in der Regel die Streitbeilegungsklauseln durch MFN-Klauseln abgedeckt werden, es sei denn, dass die Auslegung zu einem gegenteiligen Ergebnis führt.⁵²³ Den Interpretationsansatz bildete somit eine investorfremde Vermutung.

Die Interpretation der MFN-Klausel erfolgte ihrerseits anhand des abstrakten historischen Schutzzweckes der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Den Schwerpunkt der Auslegung bildete somit der Effektivitätsgrundsatz, wobei die Zuerkennung maximaler Wirksamkeit in subjektiver Weise, also über unanschaulichen vertrags- und normexternen Faktoren erfolgte. Eine derartige Auslegung geht über die in Art. 31 WVK festgesetzte Grenze des objektiven Ansatzes hinaus. Der Rückgriff auf solch ein subjektives Element wie das allgemeine Ziel der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit stellt mithin keine herkömmliche Auslegungsmethode dar. Hervorzuheben ist ferner, dass bei dem Auslegungsprozess der MFN-Klausel keine systematische Interpretation stattfand. Mit anderen Worten wurde dem umfassenden Charakter des Auslegungsvorgangs nicht die erforderliche Beachtung geschenkt.

Nach der Formulierung einer allgemeinen Maxime, wonach günstigere Streitbeilegungsvorschriften eines Drittvertrags mittels der MFN-Klausel in den Basisvertrag eingeführt werden können, da sie völlig im Einklang mit dem Grundsatz des *eiusdem generis* stehen, kam das Schiedsgericht zu der Darlegung von Gemeinwohlerwägungen, welche den

⁵²³ Vgl. Locknie Hsu, *MFN and Dispute Settlement-When the Twain Meet*, JWIT Vol. 7 (2006), S. 25 (28).

weiten Anwendungsbereich der MFN-Klausel einschränken sollten. In diesem Kontext lässt sich entnehmen, dass diese Darlegung nicht auf eine Interpretation des BIT anhand der WVK zurückzuführen ist,⁵²⁴ sondern sie stellt eine rechtsschöpferische Initiative des Schiedsgerichts dar, zumal nicht erklärt wurde, wie das Schiedsgericht zu gerade dieser Aussage kam.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die hier vorgenommenen Interpretationen grundsätzlich auf subjektiven und vertragsexternen Elementen beruhte, die den Anforderungen der WVK nicht entsprechen. Zuletzt lässt sich nicht übersehen, dass der vorliegende Schiedsspruch nicht fallorientiert ist, sondern es wurde auf der Basis der extrem teleologischen Auslegung eine Maxime im Hinblick auf das Verhältnis zwischen MFN- und Streitbeilegungsklauseln formuliert, die eine allgemeine Geltung beanspruchte.

b) Siemens v. Argentina (Rigo Sureda, Brower, Bello Janeiro), 03.08.2004

Gestützt auf die Meistbegünstigungsklausel in dem zwischen Argentinien und Deutschland vereinbarten Investitionsschutzabkommen berief sich Siemens auf das argentinisch-chilenische BIT, um eine 18-Monate-Klausel zu umgehen. Hervorzuheben ist, dass der Wortlaut der vorliegenden MFN-Klausel enger im Vergleich zu der des Maffezini-Verfahrens ist,⁵²⁵ da er sich auf „treatment of activities related to investments“ bezieht.

Im Hinblick auf die Frage des Beklagten, ob ein BIT restriktiv oder weit auszulegen sei, verwies das Tribunal auf Art. 31(1) der WVK. Das BIT sei weder restriktiv noch weit auszulegen. Das Schiedsgericht werde sich von dem Ziel des Investitionsschutzabkommens, wie es in dem Titel und der Präambel des letzteren niedergelegt sei, leiten lassen.⁵²⁶ Zum einen handele es sich um ein Abkommen zum Schutze und zur Förderung von Investitionen, zum anderen sehe die Präambel vor, dass die Parteien sich auf die Bestimmungen des Investitionsschutzabkommens geeinigt hätten, um günstige Bedingungen für die Investitionen

⁵²⁴ Hsu, ebenda, S. 29; Emmanuel Gaillard, Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause, NYLJ (02.06.2005), S. 2, abrufbar unter http://www.shearman.com/files/Publication/96d2288c-0c69-4fd6-b306-07a676768572/Presentation/PublicationAttachment/4153cee7-3402-4cbf-8631-09c534add1da/IA_060205.pdf (zuletzt besucht 13.09.2007).

⁵²⁵ Der erste und der zweite Absatz von Art. 3 des argentinisch-deutschen BIT lauten:

3(1): „None of the Contracting Parties shall accord in its territory to the investments of nationals or companies of the other Contracting Party or to investments in which they hold shares, a less favorable treatment than the treatment granted to the investments of its own nationals or companies or to the investments of nationals or companies of third States.

3(2): None of the Contracting Parties shall accord in its territory to nationals or companies of the other Contracting Party a less favorable treatment of activities related to investments than granted to its own nationals and companies or to the nationals and companies of third States.“ (Hervorgehoben vom Verfasser).

Zur Problematik der Meistbegünstigungsklausel im Rahmen des Siemens-Verfahrens ausführlicher siehe Chris Newmark/Edward Poulton, Siemens -v- Argentina: Most favoured nation clause (re)visited, SchiedsVZ (2005), S. 30 ff.

⁵²⁶ Siemens AG v. Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, Rn. 81, abrufbar unter <http://ita.law.uvic.ca/documents/SiemensJurisdiction-English-3August2004.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

von Staatsangehörigen und Gesellschaften aus einem der beiden Staaten in dem Territorium des anderen zu schaffen. Die Absicht der Parteien sei eindeutig.⁵²⁷

„It is to create favorable conditions for investments and to stimulate private initiative.“

Unter dieser Perspektive begann das Schiedsgericht, sich mit allen die Auslegung der MFN-Klausel betreffenden Fragen zu befassen.

Durch eine ausführliche grammatikalische und systematische Auslegung stellte das Tribunal fest, dass Art. 3, also die MFN-Klausel, sich nicht auf „transactions of a commercial and economic nature in relation to exploitation and management of investments“ beschränke, wie Argentinien vorbrachte. Insbesondere seien die Begriffe „treatment“ und „activities“ weit zu verstehen.⁵²⁸

Bezüglich der Ausweitung der MFN-Klausel auf Streitbeilegungsvorschriften untersuchte das Panel zunächst die relevante IGH-Rechtsprechung und zog die Schlussfolgerung, dass der IGH selbst die Möglichkeit der Ausdehnung von MFN-Klauseln auf Zuständigkeitsfragen anerkannt habe. Das Schiedsgericht betonte allerdings, dass in diesen Fällen eine solche Ausdehnung nicht der eigentliche Streitgegenstand war.⁵²⁹ Weiterhin wies das Tribunal das argentinische Argument zurück, wonach der im Ambatielos-Schiedsspruch enthaltene Begriff „administration of justice“ sich auf materielle Rechte verfahrensrechtlicher Natur, wie z. B. „gerechte und billige Behandlung“ und nicht auf reine Zuständigkeitsfragen bezog. Unter Berufung auf die Ausführungen der Ambatielos-Schiedskommission entgegnete es:⁵³⁰

„The Tribunal does not find any basis in the reasoning of the Commission to justify such distinction. On the other hand, the Tribunal finds that the Treaty itself, together with so many other treaties of investment protection, has as a distinctive feature special dispute settlement mechanisms not normally open to investors. Access to these mechanisms is part of the protection offered under the Treaty.“

Der Zugang zu diesen Mechanismen sei letzten Endes Bestandteil der Behandlung von ausländischen Investoren sowie von Investitionen und der mittels MFN-Klauseln zugänglich werdenden Vorteile.

Im Anschluss hieran berücksichtigte das Panel die vergangene ICSID-Judikatur. Es führte aus, dass seine Schlussfolgerung mit der Feststellung des Panels im Verfahren Maffezini

⁵²⁷ Ebenda, Rn. 81.

⁵²⁸ Ebenda, Rn. 82-86.

⁵²⁹ Ebenda, Rn. 99.

⁵³⁰ Ebenda, Rn. 102 (Hervorgehoben vom Verfasser).

übereinstimme. In diesem Zusammenhang bemerkte es, dass die vorliegende MFN-Klausel („treatment“) enger als die des Schiedsspruchs Maffezini war („all matters subject to this agreement“). Es stellte aber fest, dass die Termini der vorliegenden MFN-Klausel „activities related to investments“ und „treatment“ weit genug seien, wie das Schiedsgericht bereits beschlossen hatte, um die Streitbeilegung einzuschließen.⁵³¹

Nachdem das Panel entschieden hatte, dass die durch die Argentinische Republik geltend gemachten Gemeinwohlerwägungen keine Nichtanwendung der MFN-Klausel auf Streitbeilegungsvorschriften rechtfertigen konnten,⁵³² schilderte es das Ziel der MFN-Klausel wie folgt:⁵³³

„In fact, the purpose of the MFN clause is to eliminate the effect of specially negotiated provisions unless they have been excepted.“

Bewertung

In Übereinstimmung mit dem Maffezini-Schiedsspruch wurde im Verfahren Siemens die Ausdehnung der MFN-Klausel auf Streitbeilegungsvorschriften bejaht. Ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Schiedssprüchen liegt aber darin, dass sich das Tribunal im Falle Siemens ausdrücklich auf die WVK berief und die darin niedergelegten Auslegungsschritte einhielt. Allerdings bildeten den Leitfaden der Interpretation des Schiedsgerichts Ziel und Zweck des relevanten BIT. Daraus wurde ein investorfreundlicher Interpretationsansatz abgeleitet.

Nach einer grammatikalischen und systematischen Interpretation der vorliegenden MFN-Klausel stellte das Schiedsgericht auf den Grundsatz der Effektivität ab. Das Tribunal verstand somit die Funktion der MFN-Klausel dahingehend, dass sie bezwecke, die Auswirkungen spezifisch ausgehandelter Bestimmungen zu eliminieren, es sei denn, dass eine solche Auswirkung ausdrücklich ausgenommen worden sei. Das heißt, dass Unterschiede im Wortlaut der MFN-Klauseln den Ausgang des Auslegungsprozesses nicht beeinflussen können, solange die Ausdehnung einer MFN-Klausel auf Streitbeilegungsvorschriften nicht

⁵³¹ Ebenda, Rn. 103.

⁵³² Argentinien behauptete, dass Art. 10(2), also die 18-Monate-Klausel eine „moderate“ Version des Grundsatzes der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges sei und als wesentlicher Bestandteil der Einwilligung zum Schiedsverfahren nicht stillschweigend umgangen werden könne. Diese Bestimmung beziehe sich ferner auf sensible Fragen der argentinischen Wirtschafts- und Außenpolitik (Rn. 104). Der Auffassung des Tribunals zufolge setze Art. 10(2) lediglich einen Zeitablauf oder die Fortdauer der Streitigkeit nach einer gerichtlichen Entscheidung voraus. Hinzu komme, dass angesichts des Fehlens einer konsistenten argentinischen Praxis im Hinblick auf den Abschluss solcher BITs, welche die Einleitung von nationalen Gerichtsverfahren vor einer schiedsgerichtlichen Beilegung voraussetzen, Art. 10(2) keine Gemeinwohlerwägungen im Sinne des Maffezini Urteils reflektiere (Rn. 105 und 109).

⁵³³ Ebenda, Rn. 106.

ausdrücklich ausgeschlossen ist. Es überrascht daher wenig, dass das Tribunal keinen Unterschied zwischen der hier engeren MFN-Klausel und der weiteren des Maffezini-Verfahrens erkannte.⁵³⁴ Ein derartiges Verständnis birgt allerdings die Gefahr, den in der MFN-Klausel niedergelegten tatsächlichen Willen der staatlichen Parteien des BIT zu umgehen.⁵³⁵

Im Ergebnis erweist sich die ausdrückliche Ablehnung einer weiten Auslegung der Vorschriften des BIT seitens des Tribunals am Anfang seiner Ausführungen nomineller Natur.

c) *Salini v. Jordan* (Guillaume, Cremades, Sinclair), 29.11.2004

Nach Artikel 9(2) des italienisch-jordanischen BIT sind auf die Beilegung einer Streitigkeit zwischen Staat und Investor die Bestimmungen des jeweiligen Investitionsvertrages anzuwenden. Die italienischen Investoren, welche einen derartigen Vertrag bzw. Bauvertrag mit Jordanien abgeschlossen hatten, beriefen sich auf die in Art. 3 des obigen BIT verankerte MFN-Klausel, deren Anwendungsbereich sich auf „investments“ erstreckt,⁵³⁶ um über die Streitbeilegungsklauseln der jeweils zwischen Jordanien und den Vereinigten Staaten sowie zwischen Jordanien und dem Vereinigten Königreich abgeschlossenen BITs den Streitbeilegungsmechanismus des Bauvertrags, der die jordanischen Gerichte für zuständig bezeichnete, zu umgehen.⁵³⁷

Das ICSID-Schiedsgericht im Verfahren *Salini* überprüfte zuerst die die MFN-Klausel betreffende IGH-Rechtsprechung. Danach analysierte es ausführlich den *Ambatielos*-Schiedsspruch und bemerkte diesbezüglich, dass Griechenland sich auf die MFN-Klausel berufen habe, um die Anwendung von materiellrechtlichen Vorschriften und nicht einer Streitbeilegungsklausel zu Gunsten seines Staatsangehörigen zu sichern.⁵³⁸ Somit sei die durch die *Ambatielos*-Schiedskommission vorgenommene Lösung im gegebenen Falle nicht direkt umsetzbar. Hiernach kritisierte es den Schiedsspruch *Maffezini* wie folgt:⁵³⁹

⁵³⁴ Vgl. Dana Freyer/David Herlihy, *Most-Favored-Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How “Favored” is “Most-Favored”?*, ICSID Review/FILJ vol. 20 (2005), S. 58 (72).

⁵³⁵ Vgl. etwa Stephen Fietta, *Most favoured nation treatment and dispute resolution under bilateral investment treaties: a turning point?*, TDM Vol. 2 (June 2005), S. 1 (8); Omar Garcia-Bolivar, *The Teleology of International Investment Law - The Role of Purpose in the Interpretation of International Investments Agreements*, JWIT Vol. 6 (2005), S. 751 (765).

⁵³⁶ Artikel 3(1) des italienisch-jordanischen BIT lautet: „Both Contracting Parties, within the bounds of their own territory, shall grant investments effected by, and the income accruing to, investors of the other Contracting Party, no less favourable treatment than that accorded to investments effected by, and income accruing to, its own nationals or investors of Third States.“ (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁵³⁷ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, Decision on Jurisdiction, Rn. 102, abrufbar unter <http://ita.law.uvic.ca/documents/salini-decision.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

⁵³⁸ Ebenda, Rn. 112.

⁵³⁹ Ebenda, Rn. 115.

„The current Tribunal shares the concerns that have been expressed in numerous quarters with regard to the solution adopted in the *Maffezini* case. Its fear is that the precautions taken by authors of the award may in practice prove difficult to apply, thereby adding more uncertainties to the risk of “treaty shopping”.“

Nachdem das Tribunal die vorliegende MFN-Klausel grammatikalisch von den Verfahren Maffezini und Ambatielos unterschied, interpretierte es sie teleologisch und systematisch.⁵⁴⁰

„The Tribunal observes that the circumstances of this case are different. Indeed, Article 3 of the BIT between Italy and Jordan does not include any provision extending its scope of application to dispute settlement. It does not envisage “all rights [so im Verfahren Ambatielos] or all matters [so im Verfahren Maffezini] covered by the agreement.” Furthermore, the Claimants have submitted nothing from which it *might* be established that the common intention of the Parties was to have the most-favored-nation clause apply to dispute settlement. Quite on the contrary, the intention as expressed in Article 9(2) of the BIT was to exclude from ICSID jurisdiction contractual disputes between an investor and *an* entity of a State Party in order that such disputes might be settled in accordance with the procedures set forth in the investment agreements. Lastly, the Claimants have not cited any practice in Jordan or Italy in support of their claims.“

Daraus ergebe sich, dass die Meistbegünstigungsklausel keine Anwendung auf Streitbeilegungsklauseln finde.⁵⁴¹

Bewertung

Die interpretatorische Herangehensweise im Verfahren Salini ist durch eine strikte, wenngleich nicht ausdrückliche, Anwendung der WVK-Auslegungsregeln gekennzeichnet, welche zu einem restriktiveren Verständnis der Wirkung der MFN-Klausel führte als die Schiedssprüche Maffezini und Siemens. Ausgangsbasis der Interpretation war der Wortlaut der vorhandenen MFN-Klausel, die von der abstrakteren Fassung der entsprechenden Vorschrift in den Verfahren Maffezini und Ambatielos abgehoben wurde. Diese Unterscheidung alleine genügt jedoch nicht, um die hier restriktivere Auslegung zu

⁵⁴⁰ Ebenda, Rn. 118 (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁵⁴¹ Ebenda, Rn. 119: „From this, the Tribunal concludes that Article 3 of the BIT does not apply insofar as dispute settlement clauses are concerned. Therefore the disputes foreseen in Article 9(1) of the BIT concluded between Jordan and Italy must be settled in accordance with the said Article. In the event that, as in this case, the dispute is between a foreign investor and an entity of the Jordanian State, the contractual disputes between them must, in accordance with Article 9(2), be settled under the procedure set forth in the investment agreement. The Tribunal has no jurisdiction to entertain them.“

rechtfertigen. Denn der Siemens-Schiedsspruch seinerseits befürwortete die extensive Auslegung einer identischen MFN-Klausel („treatment of activities related/granted to investments“). Im Mittelpunkt des Salini-Auslegungsprozesses stand also die Tatsache, dass sich das Schiedsgericht bei der Interpretation von keiner Vermutung leiten ließ. Weiterhin wurde im vorliegenden Schiedsspruch das teleologische Element nicht nur als der grammatikalischen, sondern auch als der systematischen Interpretation untergeordnet angesehen, da die MFN-Klausel, also Art. 3 des BIT, auch im Zusammenhang mit der zu umgehenden Vorschrift, nämlich mit Art. 9(2), ausgelegt wurde.⁵⁴² Darüber hinaus weist der Schiedsspruch Salini einen fallorientierten Charakter auf, da das Panel davon Abstand nahm, eine allgemeine Maxime bezüglich der Funktion der MFN-Klausel zu formulieren, wie dies in den Verfahren Siemens und Salini geschah. Was die Behandlung vergangener ICSID-Rechtsprechung anbelangt, scheute sich das Tribunal nicht, sich in eleganter Weise kritisch gegenüber dem Maffezini-Schiedsspruch zu äußern.⁵⁴³ Deutlich ist auch, dass im vorliegenden Fall der Schiedsspruch Siemens nicht berücksichtigt wurde. Dies könnte jedoch dadurch zu erklären sein, dass der letztgenannte etwa vier Monate vor dem Erlass der Entscheidung Salini gefällt wurde.⁵⁴⁴

Im Ergebnis zeigt sich, dass im vorliegenden Schiedsspruch die teleologische Auslegung geringer gewichtet wurde als in der vergangenen ICSID-Rechtsprechung, denn das

⁵⁴² Zu dieser Auslegungsmöglichkeit der MFN-Klauseln im allgemeinen Freyer/Herlihy (Fn. 534), S. 62.

⁵⁴³ Rn. 115 des Schiedsspruches lautet: „The current Tribunal shares the concerns that have been expressed in numerous quarters with regard to the solution adopted in the *Maffezini* case. Its fear is that the precautions taken by authors of the award may in practice prove difficult to apply, thereby adding more uncertainties to the risk of “treaty shopping”.“ In der Tat hatte der Fall Maffezini nicht nur auf rechtlicher Ebene, sondern auch im politischen Feld Reaktionen ausgelöst. Angesichts der Gefahr der Systematisierung der Umgehung von Streitbeilegungsvorschriften mittels extensiver Interpretationen von MFN-Klauseln wurden in einigen Entwürfen von Freihandelsabkommen z. B. in dem Entwurf des Zentralamerikanischen Freihandelsabkommens (CAFTA) vom 28.01.2004 sogenannte „disappearing footnotes“ eingeführt. Eine solche Fußnote weist ausdrücklich darauf hin, dass die jeweiligen Vertragsparteien sich darauf einigen, dass die darin verankerte Meistbegünstigungsklausel nicht im Lichte des Maffezini-Schiedsspruchs zu interpretieren ist. Sobald die Endfassung der Freihandelsabkommen festgelegt wird, wird diese Fußnote gestrichen und in die Entstehungsgeschichte des Abkommens eingeschlossen. Dazu ausführlicher Ruth Teitelbaum, *Who’s Afraid of Maffezini? Recent Developments in Interpretation of Most Favored Nation Clauses*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 22 (2005), S. 225 (228-229). Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass mit dem Eintritt der Dominikanischen Republik in die Verhandlungen des CAFTA-Abkommens es in DR-CAFTA umbenannt wurde. Es wurde am 05.08.2004 unterzeichnet. Die in Art. 10(4) des zehnten Kapitels der Endfassung des DR-CAFTA-Abkommens verankerte MFN-Klausel lautet:

1. „Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any other Party or of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.
2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of investors of any other Party or of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.“

⁵⁴⁴ Nick Gallus, *Plama v. Bulgaria and the Scope of Investment Treaty MFN Clauses*, *TDM Vol. 2* (June 2005), S. 11.

Schiedsgericht orientierte sich in erster Linie an einer grammatikalischen und systematischen Auslegung der MFN-Klausel.

d) Plama v. Bulgaria (Salans, van den Berg, Veeder), 08.02.2005

Wegen der sehr beschränkten Reichweite der Streitbeilegungsklausel des bulgarisch-zypriotischen BIT von 1987, welche für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit vorsah, berief sich der Investor durch die dort niedergelegte Meistbegünstigungsklausel auf die Streitbeilegungsklausel des BIT zwischen Bulgarien und Finnland, welche die Behandlung von Investitionsstreitigkeiten durch die ICSID-Schiedsgerichte ermöglicht. Das Schiedsgericht im Falle Plama hatte somit darüber zu entscheiden, ob durch diese MFN-Klausel, in der die Rede von „treatment“ war,⁵⁴⁵ die ICSID-Streitbeilegungsklausel eines Drittvertrags in den Basis-Vertrag inkorporiert werden konnte.

Bei der Interpretation der MFN-Klausel wandte das Schiedsgericht ausdrücklich die WVK-Interpretationsregeln an. Das Schiedsgericht stellte zunächst fest, dass es unklar sei, ob der übliche Wortsinn des Begriffs „treatment“ in der MFN-Klausel Streitbeilegungsvorschriften des Drittvertrages einschließe oder ausschließe.⁵⁴⁶ Der Ausnahmenkatalog der MFN-Klausel sprach dafür, dass mittels des Arguments „expressio unius est exclusio alterius“ alle anderen Angelegenheiten, mithin auch die Streitbeilegung, in den Anwendungsbereich der MFN-Klausel fielen. Das Wort „privileges“ solle hingegen dahingehend zu verstehen sein, dass es den materiellrechtlichen Schutz betreffe und die auf die Streitbeilegung bezogenen Verfahrensvorschriften ausschließe.⁵⁴⁷ Da sich auch die systematische Auslegung als nicht aufschlussreich erwies,⁵⁴⁸ legte das Schiedsgericht die MFN-Klausel teleologisch aus. Bei der Anwendung der teleologischen Auslegung bezeichnete es unter anderem Ziel und Zweck, wie in der Präambel des BIT⁵⁴⁹ niedergelegt, sowie die Ausführungen des Schiedsspruchs Maffezini, wonach die Streitbeilegungsklausel einen wesentlichen Bestandteil des Schutzes

⁵⁴⁵ Artikel 3 des bulgarisch-zypriotischen BIT lautet:

3(1). „Each Contracting Party shall apply to the investments in its territory by investors of the other Contracting Party a treatment which is not less favourable than that accorded to investments by investors of third states.

3(2). This treatment shall not be applied to the privileges which either Contracting Party accords to investors from third countries in virtue of their participation in economic communities and unions, a customs union or a free trade area.“ (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁵⁴⁶ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, Decision on Jurisdiction, Rn. 189, abrufbar unter <http://ita.law.uvic.ca/documents/plamavbulgaria.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

⁵⁴⁷ Ebenda, Rn. 191.

⁵⁴⁸ Ebenda, Rn. 192.

⁵⁴⁹ Ebenda, Rn. 193: „the creation of favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party.“

des Investors darstellen, als an sich „undeniable in their generality, but [...] legally insufficient“ und zitierte die Warnung von Sir Ian Sinclair, dass:⁵⁵⁰

„the “risk that the placing of undue emphasis on the ‘object and purpose’ of a treaty will encourage teleological methods of interpretation [which], in some of its more extreme forms, will even deny the relevance of the intentions of the parties”.“

Das Tribunal stellte danach fest, dass die Absätze 2, 3 und 4 von Art. 31 WVK keine Anleitung zur Verfügung stellten.

Im Anschluss hieran griff das Schiedsgericht auf ergänzende Auslegungsmittel zurück. Aus den erfolglosen Verhandlungen zwischen Bulgarien und Zypern zur Revision des BIT im Jahre 1998 ergab sich, dass die Parteien des BIT der Ansicht waren, dass die MFN-Klausel nicht auf Streitbeilegungsvorschriften anderer BITs erstreckbar sei. Die Umstände des Vertragsabschlusses im Sinne von Art. 32 WVK wiesen ferner darauf hin, dass das kommunistische Regime von Bulgarien BITs mit niedrigem Investitionsschutzniveau und sehr eingeschränkten Streitbeilegungsvorschriften abschloss. Demzufolge zog das Schiedsgericht die Schlussfolgerung, dass weder Zypern noch Bulgarien die Absicht hatten, die Reichweite der Streitbeilegungsklauseln durch die MFN-Klausel zu erweitern.⁵⁵¹

Nach Abschluss des Auslegungsprozesses gemäß der WVK stellte das Panel auf eine weitere Überlegung ab, der gewissermaßen Vorrang gegenüber dem WVK-Auslegungsregime zuerkannt wurde. In den Worten des Tribunals:⁵⁵²

„In the view of the Tribunal, the following consideration is equally, if not more, important.“

Die grundlegende Voraussetzung der Schiedsgerichtsbarkeit sei das Vorliegen einer Schiedsvereinbarung.⁵⁵³ Die Schiedsvereinbarung müsse sowohl auf völkerrechtlicher Ebene als auch im innerstaatlichen Recht klar („clear“) und eindeutig („unambiguous“) sein. Im Rahmen der BITs ergebe sich die Schiedsvereinbarung aus der in den BITs niedergelegten antizipierten Einwilligung, indem der Investor ein Schiedsverfahren initiiere.⁵⁵⁴ Zweifel an der klaren und eindeutigen Absicht der Parteien könnten dann entstehen, wenn eine Schiedsvereinbarung durch „incorporation by reference“ bzw. durch eine MFN-Klausel erreicht werde.⁵⁵⁵ Eine MFN-Klausel wie die vorliegende („a treatment which is not less

⁵⁵⁰ Ebenda, Rn. 193.

⁵⁵¹ Ebenda, Rn. 197.

⁵⁵² Ebenda, Rn. 198.

⁵⁵³ Ebenda, Rn. 198.

⁵⁵⁴ Ebenda, Rn. 198.

⁵⁵⁵ Ebenda, Rn. 199.

favourable than that accorded to investments by investors of third states“) mache es zweifelhaft, ob der Verweis auf andere BITs, welche von Bulgarien abgeschlossen wurden, in klarer und eindeutiger Weise die in diesen BITs verankerten Streitbeilegungsklauseln einschlieÙe.⁵⁵⁶ Im Grunde genommen ist das Schiedsgericht durch diesen Syllogismus zu der Formulierung der Vermutung gekommen, dass die Absicht zur Einführung einer Streitbeilegungsklausel klar und eindeutig sein muss.⁵⁵⁷ In diesem Zusammenhang hatte das Schiedsgericht auch bemerkt, dass man nicht a contrario zum Schluss kommen könne, dass eine Streitbeilegungsklausel aus einem Drittvertrag in den Basisvertrag eingeführt werden müsse, falls eine solche Ausweitung nicht ausdrücklich ausgeschlossen sei.⁵⁵⁸

Bei der Prüfung der einschlägigen völkerrechtlichen Rechtsprechung bemerkte das Schiedsgericht im Hinblick auf den Ambatielos-Schiedsspruch, dass er sich auf Vorschriften beziehe, die den materiellen Schutz im Sinne von „denial of justice“ und nicht die Einführung von Streitbeilegungsklauseln in den Basis-Vertrag beträfen.⁵⁵⁹ Besonderen Wert hat das Tribunal darüber hinaus darauf gelegt, die Ausführungen des ICSID-Panels im Verfahren Maffezini stark zu kritisieren. Das letztere hatte unter anderem vorgetragen, dass die Anwendung der Meistbegünstigungsklausel auf Streitbeilegungsvereinbarungen im Rahmen von Investitionsschutzabkommen zur Harmonisierung und Erweiterung der Reichweite solcher Vereinbarungen führen könne. Das hier behandelte Panel hielt dagegen,⁵⁶⁰ dass „[t]he present Tribunal fails to see how harmonization of dispute settlement provisions can be achieved by reliance on the MFN provision“, und bezeichnete eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der MFN-Klausel im Sinne des Maffezini-Urteils als eine chaotische - eigentlich zu der Harmonisierung kontraproduktive - Situation, welche der vermuteten Absicht der Vertragsparteien nicht entsprechen könne. Das entscheidende Tribunal war weiterhin „puzzled as to what the origin of these “public policy considerations” is“. ⁵⁶¹ Zuletzt ersetzte es die Maffezini-Gemeinwohlerwägungen durch den folgenden Grundsatz, der nur eine Ausnahme kennt:⁵⁶²

„An MFN provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them.“

⁵⁵⁶ Ebenda, Rn. 200.

⁵⁵⁷ Ebenda, Rn. 204.

⁵⁵⁸ Ebenda, Rn. 203.

⁵⁵⁹ Ebenda, Rn. 215.

⁵⁶⁰ Ebenda, Rn. 219.

⁵⁶¹ Ebenda, Rn. 221.

⁵⁶² Ebenda, Rn. 223.

Ferner stellte es klar, dass das vorliegende Urteil im Einklang mit den Ausführungen des Panels im Verfahren Salini stehe, und bezeichnete den Schiedsspruch Siemens als „danger caused by the manner in which the Maffezini decision has approached the question“.⁵⁶³

Im Ergebnis könne die vorliegende Meistbegünstigungsklausel nicht dahingehend ausgelegt werden, dass sie eine Einwilligung zur Unterbreitung einer Streitigkeit an die ICSID-Schiedsgerichte bereitstelle oder dass der Kläger sich auf Streitbeilegungsklauseln anderer BITs berufen könne.

Bewertung

Der ICSID-Schiedsspruch im Verfahren Plama ist zunächst durch eine stufenweise Anwendung aller Auslegungsregeln gekennzeichnet, wie sie in der WVK niedergelegt sind.⁵⁶⁴ Zieht man ferner Parallelen zu den Verfahren Maffezini und Siemens, dann wird deutlich, dass hier die teleologische Auslegung wegen ihrer Abstraktheit keinen aufschlussreichen Auslegungsfaktor darstellte. Als die Interpretation gemäß dem WVK-Regime abgeschlossen war, hob das Tribunal auf den Grundsatz ab, dass eine Schiedsvereinbarung klar und eindeutig sein muss. Aufgrund dessen wurde eine Vermutung formuliert, welche eine äußerst restriktive und ausschließlich am Wortlaut orientierte Auslegung der MFN-Klausel befürwortete. Dadurch wurde die in den Schiedssprüchen Maffezini und Siemens artikulierte Annahme umgekehrt. Mit anderen Worten wurde die Ausweitung der Meistbegünstigungsklausel auf Streitbeilegungsvorschriften verneint, es sei denn, dass eine klar und eindeutig sich aus dem Wortlaut der MFN-Klausel ergebende Absicht der Parteien vorliegt.

Der Ausgang des Verfahrens Plama, also die Ablehnung der Ersetzung der Streitbeilegungsklausel des Basisvertrages, welche Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit vorsah, mittels einer MFN-Klausel durch die ICSID-Streitbeilegungsklausel des Drittvertrages, überrascht wenig. Denn die gegenseitige Einwilligung der Streitparteien stellt den „Eckpfeiler“ der Zuständigkeit des ICSID-Zentrums dar. Das heißt, dass die Einführung der staatlichen Einwilligung aus einem Drittvertrag mit einem grundlegenden Prinzip, auf dem die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit gemäß Art. 25 beruht, nicht übereinstimmen würde.⁵⁶⁵

⁵⁶³ Ebenda, Rn. 226.

⁵⁶⁴ Vgl. etwa auch Fietta (Fn. 535), S. 13-15. Anderer Ansicht Hsu (Fn. 523), S. 32-33.

⁵⁶⁵ Ein Jahr nach dem Erlass des Plama-Schiedsspruchs hat seinerseits der IGH entschieden, dass sogar eine Verletzung von sogenannten Jus-cogens-Normen das Erfordernis des Vorliegens der Einigung der Streitparteien nicht ersetzen könne, in: Case Concerning Armed Activities on the Territory of Congo (New Application: 2002), (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, 03.02.2006, Rn. 64, dritter Abschnitt: „[T]he fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a

Wichtiger ist aber, dass das ICSID-Schiedsgericht im Falle Plama auch dann seine Zuständigkeit hätte verneinen können, wenn es die Maffezini-Gemeinwohlerwägungen angewandt hätte⁵⁶⁶ und insbesondere diejenige, welche die Ausdehnung der MFN-Klausel auf Streitbeilegungsvorschriften, die ausdrücklich auf ein Schiedsforum wie das ICSID-Zentrum verweisen, ausschließt. Dies zusammen mit der gegensätzlichen methodologischen Herangehensweise wie der Formulierung einer umgekehrten Vermutung und vor allem der Intensität der vorgenommenen Kritik gegenüber den Schiedssprüchen Maffezini und Siemens erwecken den Anschein, dass es sich bei der Auslegung von MFN-Klauseln nicht nur um eine rechtliche, sondern auch um eine ideologische Frage handelt.

e) Gas Natural v. Argentina (Lowenfeld, Álvarez, Nikken), 17.06.2005

Der Kläger berief sich mittels der Meistbegünstigungsklausel des spanisch-argentinischen BIT (Art. IV(2)), deren Anwendungsbereich sich auf „all matters governed by the present Agreement“ erstreckt,⁵⁶⁷ auf das U.S.-argentinische BIT, um eine 18-Monate-Klausel zu umgehen. Er machte geltend, dass die Mehrheit der argentinischen BITs keinen vorherigen Rückgriff auf die nationalen Gerichte erfordere und dass die Streitbeilegungsvorschriften des spanisch-argentinischen BIT und zwar aller BITs, die im letzten Viertel des Jahrhunderts vereinbart wurden, einen wesentlichen Bestandteil des Schutzes des Investors bildeten, der nicht von ihnen getrennt werden könne.⁵⁶⁸ Das Tribunal stellte zunächst fest, dass die von ihm zu beantwortende Frage sei, ob die Streitbeilegungsklauseln der BITs Teil des Bündels der den Investoren durch die Gaststaaten zu gewährenden Schutzmaßnahmen darstellten.⁵⁶⁹

Zuerst griff das Tribunal auf die Entstehungsgeschichte des ICSID-Übereinkommens wie die der bilateralen Investitionsschutzabkommen zurück und wies darüber hinausgehend darauf hin,⁵⁷⁰ dass die Vorschrift über unabhängige internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ein entscheidendes Element - in der Tat vielleicht das entscheidendste Element - der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zwischen Investor und Gaststaat gewesen sei. Die

character [peremptory norm of public international law (jus cogens)], which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide, cannot of itself provide a basis for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute. Under the Court's Statute that jurisdiction is always based on the consent of the parties.“ (Hervorgehoben vom Verfasser). Abrufbar unter <http://www.icj-cij.org/docket/files/126/10435.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

⁵⁶⁶ Freyer/Herlihy (Fn. 534), S. 77.

⁵⁶⁷ Artikel IV(2) lautet: „In all matters governed by the present Agreement, such treatment shall not be less favorable than that accorded by each Party to investments made in its territory by investors of Third States.“

⁵⁶⁸ Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic, Decision on Preliminary Questions on Jurisdiction, Rn. 26 und Rn. 28, abrufbar unter <http://ita.law.uvic.ca/documents/GasNaturalSDG-DecisiononPreliminaryQuestionsonJurisdiction.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

⁵⁶⁹ Ebenda, Rn. 29.

⁵⁷⁰ Ebenda, Rn. 29.

Schaffung des ICSID-Zentrums und der Abschluss von BITs böten den Investoren die Gewähr, dass die aus den Investitionen entstandenen Streitigkeiten nicht der vermeintlichen Gefahr von Verzögerungen oder politischen Drucks durch nationale Gerichte unterworfen seien. Die Aussicht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit bezwecke, gleicherweise den Gaststaat von dem politischen Druck des Heimatstaates des Investors zu befreien. Die überwiegende Mehrheit der BITs enthalte Vorschriften über unabhängige internationale Schiedsgerichtsbarkeit für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Investoren oder vergleichbare Regelungen. Solche Vorschriften seien universell als essentiell in dem Regime des Schutzes ausländischer Direktinvestitionen zu betrachten.

Anschließend nahm das ICSID-Panel im Verfahren *Gas Natural* eine grammatikalische Auslegung des relevanten BIT vor.⁵⁷¹ In Artikel IV(2) des BIT sei die Rede von „all matters governed by the present Agreement“, bemerkte das Schiedsgericht. Bestimmte Angelegenheiten seien von dessen Anwendungsbereich ausgeschlossen, aber es gebe keinen Ausschluss von Streitbeilegungsklauseln. Hiernach befasste sich das Panel mit den übrigen Argumenten der Argentinischen Republik. Aus der Untersuchung der BIT-Praxis von Argentinien ergäben sich, so das Schiedsgericht, keine Erwägungen zum öffentlichen Wohl. Letztlich werde die 18-Monate-Klausel des BIT vom Konzept der „local remedies rule“ im Sinne des Völkerrechts nicht erfasst.

Demzufolge kam das Tribunal zu dem Ergebnis, dass sich der Kläger mittels der fraglichen MFN-Klausel auf die Streitbeilegungsklausel des U.S.-argentinischen BIT berufen könne.⁵⁷²

An einer anderen Stelle des Schiedsspruchs hielt es das Tribunal für erforderlich, die wesentliche ICSID-Rechtsprechung zur Problematik der Meistbegünstigungsklausel vergleichend zu schildern. Es stellte in diesem Kontext ausführlich die Schiedssprüche *Siemens* und *Maffezini* dar und wies zudem darauf hin, dass es eindeutig sei, dass die Begründung und die Herangehensweise der letztgenannten Schiedssprüche mit seiner übereinstimme.⁵⁷³ Im Zusammenhang mit der Darstellung des *Salini*-Schiedsspruchs führte das Tribunal aus:⁵⁷⁴

„This Tribunal understands that the issue of applying a general most-favored-nation clause to the dispute resolution provisions of bilateral investment treaties is not free from doubt, and that different tribunals faced with different facts and negotiating background may reach different

⁵⁷¹ Ebenda, Rn. 30.

⁵⁷² Ebenda, Rn. 31.

⁵⁷³ Ebenda, Rn. 47.

⁵⁷⁴ Ebenda, Rn. 49.

results. The Tribunal is satisfied, however, that the terms of the BIT between Spain and Argentina show that dispute resolution was included within the scope of most-favored-nation treatment and that our analysis set out in paragraphs 28-30 above is consistent with the current thinking as expressed in other recent arbitral awards.“

Abschließend zog es die folgende Schlussfolgerung:⁵⁷⁵ „Sofern es nicht offensichtlich erscheint, dass die staatlichen Parteien eines BIT oder die Parteien eines Investitionsschutzabkommens sich auf eine andere Methode für die Beilegung von Streitigkeiten einigen, sollten die Meistbegünstigungsklauseln der BITs als auf Streitbeilegung anwendbar verstanden werden.“

Bewertung

Den Ausgangspunkt des Auslegungsprozesses im Schiedsverfahren Gas Natural bildete der historische Schutzzweck des ICSID-Übereinkommens und der BITs in abstracto, ohne irgendeinen Bezug auf eine konkrete Norm. Im Mittelpunkt stand hier eine extrem teleologische Interpretation, der die nachfolgende Analyse des Schiedsgerichts und insbesondere die grammatikalische Auslegung unterstellt wurde. Die Voranstellung und der Rückgriff auf solch einen subjektiven Faktor wie die allgemeinen Ziele der Investitionsgemeinschaft sind herkömmlicherweise kein Mittel der völkerrechtlichen Auslegung, da sie nicht mit dem objektiven Ansatz des Art. 31 WVK übereinstimmt. Des weiteren wurde auf das systematische Auslegungselement kein Bezug genommen. Somit wurde das Erfordernis der Durchführung der Auslegung als eine kombinierte Operation nicht eingehalten. Hinzuzufügen ist abschließend, dass, im Gegensatz zu allen bisher dargelegten Schiedssprüchen,⁵⁷⁶ im ganzen Corpus des Schiedsspruches Gas Natural nicht ein einziges Mal auf die WVK-Auslegungsregeln seitens des Schiedsgerichts verwiesen wurde. Eine Erwähnung findet sich lediglich in der Fußnote Nr. 12, wonach:

„The Tribunal notes Argentina’s argument that Spain’s position in the *Maffezini* case reflects understanding of the Spain-Argentina BIT consistent with that of Argentina in this case. We do not believe, however, that an argument made by a party in the context of an arbitration reflects practice establishing agreement between the parties to a treaty within the meaning of Article 31(3)(b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties.“

⁵⁷⁵ Ebenda, Rn. 49.

⁵⁷⁶ *Maffezini* (Fn. 510), Rn. 27 und Rn. 36; *Siemens* (Fn. 526), Rn. 80-81; *Salini* (Fn. 537), Rn. 75 und Rn. 177; *Plama* (Fn. 546), Rn. 26, 117, 147, 158, 160, 194, 196.

Was die Behandlung der vergangenen ICSID-Judikatur anbelangt, stellte das Schiedsgericht klar, dass seine Herangehensweise mit den Schiedssprüchen Maffezini und Siemens übereinstimme. Die Tatsache, dass der Schiedsspruch Plama außer Acht gelassen wurde, dürfte dadurch gerechtfertigt werden, dass er vier Monate vor dem Erlass der Entscheidung Gas Natural gefällt wurde. Allerdings lässt sich nicht übersehen, dass trotz der Darstellung des Schiedsspruches Salini keine diesbezügliche Unterscheidung von ihm stattfand, in dem eine gegensätzliche methodologische Herangehensweise bei der Interpretation der MFN-Klausel verfolgt wurde und demzufolge das ICSID-Tribunal im Falle Salini zu einem anderen Ergebnis kam. Hinsichtlich der dargelegten Maxime lässt sich abschließend feststellen, dass sie eine fast wortwörtliche Umkehrung der Plama-Regel darstellt.

Zusammenfassend erweist sich die hier vorgenommene Auslegung als inkorrekt und die Behandlung der vergangenen ICSID-Rechtsprechung als unangemessen. Verglichen mit dem fünf Jahre früher erlassenen Schiedsspruch im Falle Maffezini wurde hier die Normativität der Auslegungsregeln in offensichtlicher Weise in Frage gestellt.

f) Suez/AWG v. Argentina (Salacuse, Kaufmann-Kohler, Nikken), 03.08.2006

Die ausländischen Firmen AGBAR und AWG beriefen sich auf die Meistbegünstigungsklauseln des argentinisch-französischen BIT, um jeweils die in dem BIT zwischen Argentinien und Spanien sowie zwischen Argentinien und dem Vereinigten Königreich niedergelegte 18-Monate-Klausel zu überwinden. Hervorzuheben ist, dass der Anwendungsbereich der im argentinisch-spanischen BIT enthaltenen MFN-Klausel sich auf „all matters governed by this Agreement“ und der des britisch-argentinischen auf „management, maintenance, use, enjoyment or disposal“ der Investitionen erstreckt. Beide BITs enthalten zusätzlich einen Katalog von Angelegenheiten, die von der Wirkung der Meistbegünstigung ausgenommen werden.

Das Schiedsgericht befasste sich zuerst mit der Methode der Interpretation der in den obigen BITs niedergelegten MFN-Klauseln. Es erklärte nun seine Bereitschaft, sich von den allgemein anerkannten Regeln für die Auslegung von Verträgen, wie sie in Artikel 31 der WVK positiviert sind, leiten zu lassen. Danach ist ein Abkommen in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen Bedeutung auszulegen. Das Tribunal trug dementsprechend vor:⁵⁷⁷

⁵⁷⁷ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic and AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, Rn. 54, abrufbar unter <http://ita.law.uvic.ca/documents/SuezVivendiAWGjurisdiction.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

„In that respect, the text of the treaty is presumed to be the authentic expression of the parties’ intentions. The starting place for any exercise in interpretation is therefore the treaty text itself.“

Im Hinblick auf die grammatikalische Auslegung des argentinisch-spanischen BIT stellte das Tribunal fest,⁵⁷⁸ dass die Streitbeilegung eine „Angelegenheit“ („matter“) im Sinne der MFN-Klausel sei, da in Art. X des BIT, d. h. in der Streitbeilegungsklausel, das Verfahren für die „Beilegung von Streitigkeiten zwischen Staaten und Investoren“ detailliert bestimmt werde. Was das Wort „Behandlung“ („treatment“) betreffe, so setzte das Tribunal fort, schließe die gewöhnliche Bedeutung dieses Terminus in seinem systematischen Zusammenhang mit dem der Investition „the rights and privileges granted and the obligations and burdens imposed by a Contracting State on investments made by investors covered by the treaty“ ein. Somit werde der Streitbeilegungsmechanismus des argentinisch-französischen BIT durch die MFN-Klausel des argentinisch-spanischen BIT gedeckt. Bei der Auslegung des britisch-argentinischen BIT bemerkte das Panel zunächst, dass die Auslegung beider MFN-Klauseln zum gleichen Ergebnis führe, obwohl ihr Wortlaut unterschiedlich sei.⁵⁷⁹ Dem Begriff „Behandlung“ („treatment“) der beiden Basisverträge gab das Tribunal die gleiche Bedeutung. In diesem Kontext wies das ICSID-Panel darauf hin, dass das Recht, ein Schiedsverfahren in Anspruch zu nehmen, sich auf „management, maintenance, use, enjoyment, or disposal“ der Investition und insbesondere auf deren „Wahrung“ („maintenance“) beziehe. Dieser Begriff schließe letztendlich den des Investitionsschutzes ein, und daher könnten sich, so das Panel, auch die britischen Investoren auf das argentinisch-französische BIT berufen.⁵⁸⁰

Argentinien bestritt diese Auslegung, indem eine Ausdehnung der MFN-Klausel auf Streitbeilegungsvorschriften von den Vertragspartnern des BIT nicht beabsichtigt wurde. Dies stand nach Ansicht des Tribunals dem Wortlaut beider MFN-Klauseln entgegen. Denn die Nichteinbeziehung der Streitbeilegung in den Katalog der Angelegenheiten, die von der Wirkung der MFN-Klausel ausgenommen werden, bestätigte, dass die Streitbeilegung durch die MFN-Klausel abgedeckt wurde.⁵⁸¹ Zur Festigung dieser These griff das Schiedsgericht ergänzend auf die Prüfung der nachfolgenden BIT-Abschlusspraxis des Vereinigten Königreiches mit Drittstaaten zurück.⁵⁸² Die letztere verdeutlichte in ausdrücklicher Weise, dass das Vereinigte Königreich nicht beabsichtigte, die Streitbeilegung von der Wirkung der MFN-Klausel auszuschließen, sondern das Gegenteil.

⁵⁷⁸ Ebenda, Rn. 55.

⁵⁷⁹ Ebenda, Rn. 57.

⁵⁸⁰ Ebenda, Rn. 57.

⁵⁸¹ Ebenda, Rn. 58.

⁵⁸² Ebenda, Rn. 58.

Nach der ausführlichen Interpretation gemäß dem üblichen Wortsinn, welche von dem systematischen Auslegungselement flankiert wurde, legte das Tribunal die fraglichen MFN-Klauseln im Lichte des Zieles und Zweckes der BITs aus und merkte an, dass die Streitbeilegung genau so wichtig sei wie andere Angelegenheiten, die durch die BITs geregelt werden, und einen wesentlichen Bestandteil des Investitionsschutzregimes, auf das sich die entsprechenden souveränen Staaten geeinigt haben, bilde.⁵⁸³ Des weiteren wies es das Argument von Argentinien zurück, wonach MFN-Klausel restriktiv auszulegen seien.⁵⁸⁴

Letztlich hob das Panel hervor, dass seine Schlussfolgerung dem Schiedsspruch Maffezini entspreche, und zitierte darüber hinausgehend dessen relevante Abschnitte. Abschließend unterschied es seinen Spruch von der Entscheidung des Schiedsgerichts im Falle Plama aus den folgenden drei Gründen:⁵⁸⁵

(a) Verglichen mit dem Wortlaut des bulgarisch-zyprischen BIT („each Contracting Party shall apply to the investments in its territory“) ist der Wortlaut des argentinisch-spanischen BIT („all matters concerned by this agreement“) weiter. Die Tatsache, dass die letztgenannte Formulierung mit einem Katalog von bestimmten Ausnahmen, die nicht die Streitbeilegung einschließen, verbunden ist, lässt keinen Zweifel daran, dass die Streitbeilegung durch die MFN-Klausel gedeckt wird. In ähnlicher Weise spezifiziert die Meistbegünstigungsklausel des britisch-argentinischen BIT die durch sie erfassten Angelegenheiten und bietet daher mehr Klarheit als die des Plama. (b) Vielleicht der wichtigste Grund liegt darin, dass das Tribunal im Verfahren Plama durch die tatsächliche Absicht der Vertragsparteien gelenkt wurde. In diesem Fall haben die Verhandlungen zwischen Zypern und Bulgarien gezeigt, dass beide Vertragsparteien die MFN-Klausel für nicht anwendbar auf Streitbeilegungsklauseln in anderen BITs hielten. Dies stand im Einklang mit dem Zeitpunkt des Abschlusses des BIT, da Bulgarien unter kommunistischem Regime war und BITs mit niedrigem Investitionsschutzniveau und beschränkten Streitbeilegungsvorschriften abschloss. Von einer vergleichbaren Absicht ist im vorliegenden Falle nicht auszugehen. (c) Die Auswirkungen der MFN-Klauseln sind unterschiedlich. Im Verfahren Plama hat der Kläger versucht, bestehende Streitbeilegungsmechanismen zu ersetzen. Diese Wirkung ist von der des vorliegenden Falles, d. h. Beseitigung eines Vorverfahrens um einen Mechanismus bzw. internationale Schiedsgerichtsbarkeit zugänglich zu machen, zu unterscheiden.

⁵⁸³ Ebenda, Rn. 59.

⁵⁸⁴ Ebenda, Rn. 61.

⁵⁸⁵ Ebenda, Rn. 65.

Nach seiner Differenzierung vom Schiedsspruch Plama betonte das entscheidende Tribunal, dass es die Auffassung des ICSID-Schiedsgerichts im Verfahren Plama, wonach eine Schiedsvereinbarung klar und eindeutig sein müsse, nicht teile, wie folgt:⁵⁸⁶

„[This Tribunal] believes that dispute resolution provisions are subject to interpretation like any other provisions of a treaty, neither more restrictive nor more liberal.“

Im Ergebnis konnten die Kläger sich auf die MFN-Klausel berufen, um die 18-Monate Klausel zu umgehen.

Bewertung

Der Auslegungsprozess im Verfahren Suez ist durch eine vollständige Anwendung der in Art. 31 WVK niedergelegten Interpretationsschrittfolge gekennzeichnet. Die Interpretation beruhte überwiegend auf dem Wortlaut der relevanten MFN-Klausel und wurde von dem systematischen und dem teleologischen Auslegungselement flankiert. Hinzu kommt, dass sich das Schiedsgericht bei der Interpretation von keiner Vermutung leiten ließ. Insgesamt handelt es sich um einen schlüssigen Schiedsspruch. Von besonderer Relevanz ist die Tatsache, dass im Gegensatz zu den Schiedssprüchen Maffezini, Siemens, Plama und Gas Natural das Panel keine Maxime über das dogmatische Verständnis der MFN-Klauseln artikulierte. Der Schiedsspruch ist also fallorientiert. In diesem Zusammenhang lässt sich nicht übersehen, dass sich das Schiedsgericht am Ende seiner Ausführungen ausdrücklich gegen die im Falle Plama vorgeschlagene restriktive Interpretationsmaxime wandte.

Die sorgfältige Darstellung der Unterschiede zwischen dem Schiedsspruch Suez und dem Verfahren Plama verfolgt das Ziel, die Kontinuität der ICSID-Rechtsprechung aufzuzeigen. Man kann jedoch nicht verkennen, dass die vorliegende Entscheidung keinen Bezug auf den auch sich am Wortlaut orientierenden und nicht von irgendeiner Vermutung geleiteten Schiedsspruch im Falle Salini nahm, der aber zu dem genau entgegengesetzten Ergebnis kam. Versucht man die im Schiedsspruch Suez dargelegten Differenzierungsgründe in das Verfahren Salini einzubeziehen, dessen Ausgang das ICSID-Tribunal im Verfahren Plama begrüßte, dann zeigt sich, dass eine solche Auseinandersetzung erforderlich wäre. Denn auch im Falle Salini wurden die historischen Umstände des Abschlusses des BIT nicht als Auslegungsmittel herangezogen, darüber hinaus ging es nicht darum, einen völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismus durch einen anderen zu ersetzen. Wichtiger ist aber, dass im Verfahren Salini der Wortlaut der MFN-Klausel des italienisch-jordanischen BIT nicht nur

⁵⁸⁶ Ebenda, Rn. 66.

abstrakter als der des britisch-argentinischen BIT war,⁵⁸⁷ sondern er enthielt einen ausführlicheren Ausnahmenkatalog als das spanisch-argentinische BIT, in welchem die Streitbeilegung ebensowenig aufgelistet worden war.⁵⁸⁸ Vergleicht man also die Schiedssprüche Salini und Suez miteinander, in denen der Wortlaut das primäre Interpretationselement bildete, dann stellt man fest, dass ihre unterschiedlichen Ergebnisse auf die verschiedene Art und Weise der Durchführung der grammatikalischen und der systematischen Interpretation sowie auf die unterschiedliche Gewichtung des teleologischen Elementes zurückzuführen sind.

g) Telenor v. Hungary (Goode, Allard, Marriott), 13.09.2006

Der norwegische Investor Telenor berief sich auf die MFN-Klausel des norwegisch-ungarischen BIT (Art. IV), deren Anwendungsbereich sich auf „investments made by investors“ erstreckt, um dadurch Nutzen aus jeder weiten Streitbeilegungsklausel in BITs, welche Ungarn mit Drittstaaten abgeschlossen hatte, zu ziehen. Der Kläger bezweckte demzufolge die Zuständigkeit des ICSID-Zentrums für Verletzung des Standards „faire und gerechte Behandlung“ zu etablieren, der zwar in Art. III des BIT niedergelegt war, jedoch die

⁵⁸⁷ Artikel 3 des BIT zwischen Argentinien und dem Vereinigten Königreich lautet:

(1) „Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of investors of the other Contracting Party to treatment less favorable than that which it accords to investments or returns of its own investors or to investments or returns of investors of any third state.

(2) Neither Contracting Party shall in its territory subject investors of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favorable than that which it accords to its own investors or to investors of any third state.“ (Hervorgehoben vom Verfasser).

Die ersten zwei Absätze von Artikel 3 des BIT zwischen Italien und Jordanien lauten:

1. „Both Contracting Parties, within the bounds of their own territory, shall grant investments effected by, and the income accruing to, investors of the other Contracting Party, no less favourable treatment than that accorded to investments effected by, and income accruing to, its own nationals or investors of Third States.

2. In case, from the legislation of one of the Contracting Parties, or from the international obligations in force or that may come into force in the future for one of the Contracting Parties, should come out a legal framework according to which the investors of the other Contracting Party would be granted a more favourable treatment than the one foreseen in this Agreement, the treatment granted to the investors of such other Parties will apply also for outstanding relationships.“ (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁵⁸⁸ Artikel IV(3) des BIT zwischen Spanien und Argentinien lautet:

„Such treatment shall not, however, extend to the privileges which either Party may grant to investors of a third State by virtue of its participation in:

- A free trade area;
- A customs union;
- A common market;
- A regional integration agreement; or
- An organization of mutual economic assistance by virtue of an agreement concluded prior to the entry into force of this Agreement, containing terms similar to those accorded by that Party to participants of said organization.“

Artikel 3(3) des BIT zwischen Italien und Jordanien lautet:

„The provisions under points 1 and 2 of this Article do not refer to the advantages and privileges which one Contracting Party may grant to investors of Third States by virtue of their membership of a Customs or Economic Union, of a Common Market, of a Free Trade Area, of a regional or sub regional Agreement, of an international multilateral economic Agreement or under Agreements signed in order to prevent double taxation, or to facilitate cross border trade.“

darin niedergelegte Streitbeilegungsklausel (Art. XI) bezog sich ausschließlich auf Enteignungsansprüche.⁵⁸⁹

Am Anfang seiner Ausführungen betonte das Tribunal, dass die Schiedssprüche Maffezini und vor allem Siemens die Position des Investors befürworteten.⁵⁹⁰ Es fügte hinzu, dass sich die Schiedssprüche Gas Natural und Suez die gleiche Einstellung mit Maffezini teilten.⁵⁹¹ Allerdings wies das Schiedsgericht danach darauf hin, dass die beiden erstgenannten Fälle nicht nur Unruhe, sondern auch starke Kritik und Meinungsverschiedenheiten auslösten.⁵⁹² In diesem Kontext berief sich das Panel auf die Verfahren Salini und Plama. Das letztere habe „robustly rejected the expansive interpretation accorded to the MFN clauses in *Maffezini*, and thus found it unnecessary to deal with *Siemens*“.⁵⁹³

Im Rahmen des Interpretationsprozesses erklärte das Panel zunächst, dass es im großen und ganzen die Analyse des Plama-Schiedsspruchs und den darin niedergelegten Grundsatz billigte.⁵⁹⁴ Hiernach stellte es vier Argumente dar, welche eine Interpretation befürworteten, wonach eine MFN-Klausel eines BIT nicht auf Streitbeilegungsfragen außerhalb desselben BIT ausgedehnt werden sollte mangels eines klaren Wortlauts, dass dies die Absicht der Parteien sei.

Der erste Grund lag darin, dass Art. 31 WVK besagt, ein Vertrag sei „nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes“ auszulegen. Das hieß nach Ansicht des vorliegenden Schiedsgerichts, dass sich der für jede MFN-Klausel typische Ausdruck „investments shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to investments made by investors of any third State“ auf materielle Rechte bezog beim Fehlen gegenteiligen Wortlauts oder Zusammenhangs.⁵⁹⁵

Der zweite und dritte Grund betrafen die Folgen der extensiven Auslegung. Sie verursache zum einen Unsicherheit und Instabilität⁵⁹⁶ und zum anderen:⁵⁹⁷

„expose[s] the host State to treaty-shopping by the investor among an indeterminate number of treaties to find a dispute resolution clause wide enough to cover a dispute that would fall outside the dispute resolution clause in the base treaty, and even then there would be questions as to

⁵⁸⁹ Telenor Mobile Communications A.S. and The Republic of Hungary, Award, Rn. 83, abrufbar unter <http://ita.law.uvic.ca/documents/Telenorv.HungaryAward.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

⁵⁹⁰ Ebenda, Rn. 85.

⁵⁹¹ Ebenda, Rn. 88.

⁵⁹² Ebenda, Rn. 89.

⁵⁹³ Ebenda, Rn. 89.

⁵⁹⁴ Ebenda, Rn. 90.

⁵⁹⁵ Ebenda, Rn. 92.

⁵⁹⁶ Ebenda, Rn. 94.

⁵⁹⁷ Ebenda, Rn. 93.

whether the investor could select those elements of the wider dispute resolution that were apt for its purpose and discard those that were not.“

In seinem vierten Grund unterstrich das Schiedsgericht die Erheblichkeit der Praxis der staatlichen Parteien des BIT im Hinblick auf dessen Auslegung.⁵⁹⁸ Von einer völkerrechtsdogmatischen Analyse ausgehend kritisierte es auch die weite Interpretation im Lichte des Schutzzweckes der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und des Investitionsschutzes in abstracto und legte auf das Gebot der Auslegung von BITs anhand der völkerrechtlich anerkannten Methode besonderen Wert. Im Mittelpunkt der Auslegung stehe die Absicht der staatlichen Parteien des BIT und nicht das Prinzip des Schutzes von mutmaßlichen Investoren, die weder Parteien des BIT noch beim Vertragsabschluss bekannt seien. Die Befürworter einer weiten Auslegung betrachteten diese Frage immer aus der Sicht des Investors, erklärte das Tribunal. Auf die Frage der Staatenpraxis zurückkehrend führte das Panel aus:⁵⁹⁹

„There are BITs entered into by a State which provide for reference to arbitration of *all* disputes, and others entered into *by the same State* that limit consent to arbitration to specified categories of dispute, such as expropriation. It must be obvious that such a State, when reaching agreement on the latter form of dispute resolution clause, intends that the jurisdiction of the arbitral tribunal is to be limited to the specified categories and is not to be inferentially extended by an MFN clause. Where, as in the present case, *both* parties to a BIT which restricts the reference to arbitration to specified categories have entered into other BITs which refer all disputes to arbitration or where they have concluded other BITs some of which refer all disputes to arbitration while others limit such a reference to specified categories of dispute, then it can fairly be assumed that in the BIT in question the two parties share a common intention to limit the jurisdiction of the arbitral tribunal to the categories so specified.“

Unter diesen Umständen Gegenteiliges zu behaupten hieße, die in dem BIT niedergelegte Absicht der Parteien zu unterwandern.

Hiernach prüfte das Schiedsgericht die BIT-Abschlusspraxis von Norwegen und Ungarn und kam zu dem klaren Ergebnis, dass die Streitbeilegungsklausel den Willen der Parteien reflektiere, die Schiedsgerichtsbarkeit auf die darin niedergelegte Materie, nämlich auf Enteignungsfragen, einzuschränken.⁶⁰⁰

⁵⁹⁸ Ebenda, Rn. 95.

⁵⁹⁹ Ebenda, Rn. 95.

⁶⁰⁰ Ebenda, Rn. 96-97 und insbesondere Rn. 96: „In the present case Hungary made the telling point that, of the 15 Norwegian BITs publicly available, the BIT with Hungary is the *only* one that specifies the categories of dispute referable to ICSID arbitration; the 14 others all specify "all" or "any" disputes. All those treaties were

Zuletzt kam das Schiedsgericht zu der Unterscheidung seiner Entscheidung von dem Verfahren Suez.⁶⁰¹ Nachdem es die Differenzierungsgründe des letztgenannten Schiedsspruches von dem Fall Plama darlegte, wies es darauf hin, dass diese auch auf den vorhandenen Fall übertragbar seien. Erstens sei die vorliegende MFN-Klausel enger als die des Verfahrens Suez. Zweitens stünden dem Tribunal derartige Beweise zur Verfügung, zu denen das Tribunal im Falle Suez keinen Zugang hatte bzw. ausführliche BIT-Abschlusspraxis. Drittens versuche der Investor die Reichweite der Zuständigkeit des Tribunals zu erweitern und nicht eine vorübergehende Zuständigkeitsbedingung – hier ist die Umgehung einer 18-Monate-Klausel gemeint – zu beseitigen.

Abschließend betonte es, dass das Schiedsgericht im Falle Suez von dem allgemeinen Grundsatz des Schiedsgerichts im Falle Plama abweiche, und entgegnete:⁶⁰²

„By contrast the present Tribunal fully supports the *Plama* formulation.“

Im Ergebnis konnte die MFN-Klausel nicht auf andere Angelegenheiten als die Enteignung ausgedehnt werden.⁶⁰³

Bewertung

Den Kern des ICSID-Schiedsspruchs im Falle Telenor bildete der Nachweis, dass der Wirkungsbereich einer MFN-Klausel nicht auf Angelegenheiten auszudehnen ist, welche über die Reichweite der Streitbeilegungsklausel eines BIT hinausgehen, wenn kein klarer gegensätzlicher Wortlaut vorliegt. Wie die Mehrheit der bislang untersuchten Verfahren hat daher der vorhandene Schiedsspruch keinen fallorientierten Charakter. Allerdings erinnern die Struktur der vorliegenden Entscheidung, der Versuch des Schiedsgerichts, einen Beitrag zu dem dogmatischen Verständnis der MFN-Klausel zu leisten, und die Berücksichtigung der ganzen sie betreffenden ICSID-Judikatur eher an eine Entscheidung einer übergeordneten gegebenenfalls einer mit über Auslegungsfragen zu entscheiden beauftragten gerichtlichen Institution als an eine typische ICSID-Entscheidung.

Der ganze Auslegungsprozess im vorliegenden Schiedsspruch beruhte auf dem im Verfahren Plama entwickelten Auslegungsansatz des klaren und eindeutigen Wortlauts. Aus völkerrechtshistorischer Sicht kann man vertreten, dass dadurch die Anwendbarkeit von

included in the exhibits in support of Hungary's objections to jurisdiction, though not all were in the English language. By contrast about half of the BITs entered into by Hungary with States other than Norway restrict consent to ICSID arbitration to expropriation claims.“

⁶⁰¹ Ebenda, Rn. 98.

⁶⁰² Ebenda, Rn. 99.

⁶⁰³ Ebenda, Rn. 100.

MFN-Klauseln auf Streitbeilegungsvorschriften auf die textualistischen Anforderungen der im achtzehnten Jahrhundert von Vattel abgefasste Maxime erhoben wurde, wonach „it is not allowable to interpret what has no need of interpretation“,⁶⁰⁴ welche in der Vergangenheit zuweilen auch vom IGH angewandt wurde.⁶⁰⁵ Unter dieser Perspektive interpretierte das Tribunal in seinem ersten Argument die MFN-Klausel im Lichte der „Allgemeinen Auslegungsregel“ i.S.v. Art. 31(1) WVK und betrachtete sie prinzipiell als auf materiellrechtliche Vorschriften bezogen. Der Analyse nach Art. 31 WVK folgte eine sogenannte folgenorientierte Auslegung,⁶⁰⁶ indem die Konsequenzen eines liberalen Verständnisses der MFN-Klausel in den Interpretationsprozess miteinbezogen wurden. Dadurch wurde aus realistischer Sicht die Nützlichkeit der extensiven Auslegung abgelehnt. Obwohl eine derartige Auslegungsart in dem WVK-Regime keinen Niederschlag gefunden hat, kann sie als ein „ergänzendes Auslegungsmittel“ gemäß Art. 32 WVK qualifiziert werden. Von der Struktur her hatte diese Vorgehensweise in der Tat einen die „Allgemeine Auslegungsregel“ bestätigenden Charakter. Die ersten drei theoretischen Argumente des Telenor-Schiedsgerichts demonstrieren also seine Absicht, die extrem teleologische Auslegung vergangener ICSID-Panels durch Art. 31(1) WVK und einen realistischen Auslegungsfaktor, flankiert von der Plama-Maxime, zu ersetzen. Das sich teilweise auf die Erheblichkeit der BIT-Abschlusspraxis bei der Interpretation von MFN-Klauseln bezogene vierte Argument bildete seinerseits den Schwerpunkt für den Ausgang des Verfahrens im konkreten Fall.

Trotz der von ihm angewandten restriktiven Auslegungsmaxime vermag der vorliegende Schiedsspruch seine besondere interpretatorische Brisanz nicht zu verlieren. Denn der Sinn des Schiedsspruchs Telenor lag in dem vierten Argument, wo samt der Betonung der Erheblichkeit der Staatenpraxis die Richtigkeit einer Interpretation im Lichte des historischen Investitionsschutzzweckes in abstracto abgelehnt wurde. In diesem Kontext wurde nicht nur aus interpretatorischer, sondern vielmehr aus völkerrechtsdogmatischer Sicht bewiesen, dass ein solcher Vorgang nicht akzeptabel sein kann, da der Investor weder Partei des BIT noch bei dessen Abschluss identifizierbar ist. Vielmehr wurde durch das Telenor-Panel ausdrücklich eine ideologische Kluft in der ICSID-Judikatur bei der Auslegung der MFN-Klausel aufgezeigt, indem:

⁶⁰⁴ Sir Robert Jennings/Sir Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, Vol. I, 9th Edition, Longman, Great Britain, 1992, S. 1267, Rn. 629, Fn. 1.

⁶⁰⁵ Vgl. die Beispiele aus der IGH-Judikatur in: Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 24), S. 673, Fn. 24.

⁶⁰⁶ Dazu mit weiteren Nachweisen Martina Deckert, *Zur Einführung: Die folgenorientierte Auslegung*, JuS (1995), S. 481 ff.

„Those who advocate a wide interpretation of the MFN clause have almost always examined the issue from the perspective of the investor. [...] The importance to investors of independent international arbitration cannot be denied, but in the view of this Tribunal its task is to interpret the BIT and for that purpose to apply ordinary canons of interpretation, not to displace, by reference to general policy considerations concerning investor protection, the dispute resolution mechanism specifically negotiated by the parties.“

Und überraschenderweise berücksichtigte das Tribunal die etwa einen Monat früher gefällte Entscheidung im Falle Suez und unterschied seinen Schiedsspruch von ihr. Die Stichhaltigkeit der in der Bewertung der Schiedssprüche Salini und Gas Natural aufgestellten Hypothese, dass der zeitliche Abstand von drei ggf. vier Monaten einen berechtigten Faktor für die Nichtberücksichtigung vergangener ICSID-Schiedssprüche durch die ICSID-Panels darstellte, dürfte somit zu bezweifeln sein.

3. Ergebnis

Die Analyse der ICSID-Rechtsprechung bezüglich der Anwendbarkeit von MFN-Klauseln auf Streitbeilegungsvorschriften illustriert ein Mosaik im Hinblick auf die Art und Weise von deren Auslegung durch die jeweiligen ICSID-Panels.

Ein Teil der ICSID-Judikatur befürwortete die weite Interpretation von MFN-Klauseln. In diesem Kontext war die tragende Auslegungsmethode die Effektivitätsmaxime (Maffezini/Siemens/Gas Natural). Danach wurde eine Ausweitung von MFN-Klauseln auf Streitbeilegungsvorschriften bejaht. Allerdings wurde auch festgestellt, dass der Auslegung nach dem historischen Schutzzweck der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, und zwar ohne jeglichen Bezug auf eine rechtliche Norm, eine führende Rolle in dieser Kette von Schiedssprüchen einzuräumen sei (Maffezini/Gas Natural). Eine dermaßen von subjektiven Elementen geprägte Auslegung steht allerdings mit der herkömmlichen völkerrechtlichen Interpretationsmethode nach dem objektiven Ansatz gemäß Art. 31 WVK nicht im Einklang. Beide letztgenannte Schiedsverfahren sind ferner dadurch gekennzeichnet, dass das systematische Element nicht in die Interpretation einbezogen wurde, was eine Abweichung von dem Erfordernis der Durchführung der Interpretation als eine umfassende Operation i.S.v. Art. 31 WVK darstellt.

Die gegenüberstehende Entwicklungslinie der ICSID-Rechtsprechung befürwortete ihrerseits eine restriktive Interpretation, indem der leitende Ansatz das Erfordernis eines klaren und eindeutigen Wortlauts sei, aus dem der Wille der Parteien für eine Ausdehnung der MFN-Klausel auf Streitbeilegungsvorschriften herzuleiten war (Plama/Telenor). In diesen Fällen

genoss das teleologische Element eine beschränkte Gewichtung. Danach wurde im Ergebnis eine Ausweitung von MFN-Klauseln auf Streitbeilegungsvorschriften verneint.

Es lässt sich allerdings nicht übersehen, dass auch dort, wo die ICSID-Schiedsgerichte keinen Gebrauch von Auslegungsansätzen machten und die Interpretation an sich innerhalb des durch die WVK festgelegten Rahmens stattfand (Salini/Suez), wiederum die ICSID-Panels zu gegensätzlichen Ergebnissen kamen. Dies lässt sich dadurch erklären, dass in diesen Schiedsverfahren die grammatikalische und die systematische Interpretation unterschiedlich durchgeführt wurden und das teleologische Element in verschiedener Weise gewichtet wurde. Das Ergebnis lautet also, dass ein Teil der ICSID-Judikatur zur Frage der Anwendbarkeit der MFN-Klausel auf Streitbeilegungsvorschriften zwar nicht völkerrechtsgemäß im Sinne der WVK war, aber zugleich die völkerrechtlichen Auslegungsmethoden erhebliche Spielräume lassen, die die Entstehung widersprüchlicher Judikatur gestatten.

Im Hinblick auf die Art der Befassung der Panels mit vergangener ICSID-Judikatur kann man die Schlussfolgerung ziehen, dass sie sich in zwei von insgesamt sieben Fällen als selektiv bzw. ungeeignet erwies (Gas Natural/Suez). Hinzu kommt ferner, dass die in den Verfahren Salini und Gas Natural aufgestellte Hypothese, wonach der zeitliche Abstand von drei ggf. vier Monaten zwischen zwei ICSID-Schiedssprüchen die Nichtberücksichtigung der früher gefällten Entscheidung rechtfertigen könne, im Schiedsverfahren Telenor in Frage gestellt wurde, da das ICSID-Panel in diesem Falle eine sogar einen Monat früher gefällte Entscheidung sowohl beachtete als auch von seinem eigenen Schiedsspruch unterschied.

Im Ergebnis zeigen die Annahme von gegensätzlichen Vermutungen, die weitaus die Schwelle eines wissenschaftlichen Diskurses überschreitende Kritik des Panels im Falle Plama gegenüber den Schiedssprüchen Maffezini und Siemens und zugleich die Ausführungen des Tribunals im Verfahren Telenor, wonach die Befürworter einer extrem teleologischen Interpretation im Lichte des Schutzzweckes des Investitionsschutzes in abstracto nur die Seite des Klägers berücksichtigten, dass die entstandenen Dissonanzen nicht nur ein rechtliches Problem darstellen, sondern auch auf eine ideologische Auseinandersetzung zwischen den ICSID-Schiedsgerichten selbst zurückzuführen ist.

C. Zuständigkeit der ICSID-Schiedsgerichte für reine Vertragsverletzungen durch Regenschirmklauseln und weite Streitbeilegungsklauseln

1. Einführung

Durch die zwischenstaatlichen bilateralen Investitionsschutzabkommen wird auf völkerrechtlicher Ebene ein rechtlicher Rahmen zum Schutze des Investors und seiner

Investition geschaffen. Eine Verletzung der darin niedergelegten Standards durch Tun oder Unterlassen des Gaststaates stellt eine völkerrechtswidrige Handlung dar und hat somit die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Gaststaates zur Folge. Die aus einer Verletzung des BIT resultierenden Ansprüche werden als „treaty claims“ bezeichnet und werden gemäß seiner Streitschlichtungsklausel vor einem internationalen Schiedsgericht bzw. vor einem ICSID-Tribunal geltend gemacht.⁶⁰⁷ Der Investor wird aber zugleich durch den vom innerstaatlichen Recht beherrschten Investitionsvertrag geschützt, den er selbst mit dem Gaststaat oder einer staatlichen Stelle oftmals in Form eines Konzessionsvertrages abschließt.⁶⁰⁸ Die sich aus einer Verletzung des Investitionsvertrages ergebenden Ansprüche werden ihrerseits als „contract claims“ charakterisiert, und ihre Geltendmachung erfolgt über das im Investitionsvertrag festgelegte Forum.⁶⁰⁹ Dies kann zum Beispiel ein nationales gerichtliches oder schiedsgerichtliches Gremium sein. Im Hinblick auf das Verhältnis zwischen vertraglichen und aus dem BIT resultierenden Ansprüchen zueinander, nämlich zwischen „contract claims“ und „treaty claims“, äußerte das Ad-hoc-Komitee in der Aufhebungsentscheidung Vivendi aus dem Jahre 2002 folgendes:⁶¹⁰

„A state may breach a treaty without breaching a contract, and *vice versa* [...] [W]hether there has been a breach of the BIT and whether there has been a breach of contract are different questions. Each of these claims will be determined by reference to its own proper or applicable law in the case of the BIT, by international law, in the case of the Concession Contract, by the proper law of the contract.“

Konzeptionell handelt es sich also um zwei Typen von rechtlichen Ansprüchen, welche verschiedenen Rechtsordnungen angehören. Diese Unterscheidung entspricht dem in Art. 3 der ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit von 2001 niedergelegten Grundsatz des allgemeinen Völkerrechts,⁶¹¹ wonach die Beurteilung der Handlung eines Staates als völkerrechtswidrig sich nach dem Völkerrecht bestimmt und davon unberührt bleibt, dass die gleiche Handlung nach innerstaatlichem Recht als rechtmäßig beurteilt wird. Aufgrund dessen entschied das Ad-hoc-Komitee im konkreten Fall, dass das Vorliegen einer Schiedsklausel zu Gunsten der nationalen Gerichtsbarkeit in dem vorhandenen Konzessionsvertrag die

⁶⁰⁷ Vgl. etwa Cremades/Cairns (Fn. 137), S. 327-328; Yuval Shany, Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between Decisions on Multisourced Investment Claims, AJIL Vol. 99 (2005), S. 835 (836-837).

⁶⁰⁸ Yannaca-Small (Fn. 302), S. 26, Rn. 93.

⁶⁰⁹ Vgl. etwa Cremades/Cairns (Fn. 137), S. 327; Shany (Fn. 607), S. 836-837.

⁶¹⁰ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic, Decision on Annulment, ILM Vol. 41 (2002), S. 1135 (1154), Rn. 95-96.

⁶¹¹ James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentary, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, S. 86-87.

Zuständigkeit eines ICSID-Schiedsgerichts für BIT-Ansprüche nicht ausschließen könne, denn „contract claims“ und „treaty claims“ hätten verschiedene Rechtsgrundlagen, die sich nach unterschiedlichen Standards richteten.⁶¹²

Diese konzeptionelle Differenzierung bedeutet jedoch nicht, dass ein internationales Schiedsgericht beziehungsweise ein ICSID-Panel nicht imstande ist, sich mit Verletzungen eines Investitionsvertrages, also mit Vertragsverletzungen, zu befassen. Denn eine Investitionsstreitigkeit kann gleichzeitig sowohl Vertrags- als auch BIT-Verletzungen involvieren.⁶¹³ Nach den Worten des ICSID-Tribunals im Verfahren Bayindir hat in einem solchen Fall der Investor⁶¹⁴ „a self-standing right to pursue the remedy accorded by the treaty.“ Ein derartiges Vorgehen setzt jedoch voraus, dass der Vertragsbruch so erheblich ist, dass er die höher gesetzte Schwelle einer BIT-Verletzung erreicht.⁶¹⁵ Fraglich ist aber, ob und inwiefern ein ICSID-Schiedsgericht für reine, also für einfache, Vertragsverletzungen zuständig sein kann.

Eine erhebliche Anzahl von BITs enthält Vorschriften, die den Investoren einen über die traditionellen internationalen Standards hinausgehenden Schutz zur Verfügung stellen.⁶¹⁶

Artikel 8(2) des zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Nigeria abgeschlossenen Investitionsschutzabkommens von 2000 sieht zum Beispiel vor:

„Each Contracting State shall observe any other obligation it has assumed with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting State.“

Eine derartige Vorschrift bezweckt, die Einhaltung von Verträgen zwischen dem Gaststaat und dem Investor dem Schutzbereich des BIT zu unterstellen, indem sie eine Brücke zwischen dem vom nationalen Recht beherrschten Investitionsvertrag und dem völkerrechtlichen Investitionsschutzabkommen, nämlich dem BIT, baut.⁶¹⁷ Wegen dieser Auswirkung werden solche Klauseln gelegentlich als „elevator effect“- , „mirror effect“-

⁶¹² Zu dieser Problematik ausführlich Emmanuel Gaillard, *Vivendi and Bilateral Treaty Arbitration*, NYLJ (06.02.2003), S. 3 und S. 6; Christoph Schreuer, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – The Vivendi I Case Considered*, in: Weiler (Fn. 447), S. 281, (287-289).

⁶¹³ Schreuer, ebenda, S. 295

⁶¹⁴ Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction, 14.11.2005, Rn. 167, abrufbar unter <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0329Decisionjurisdiction.pdf>, (zuletzt besucht am 13.09.2007). Für einen Überblick zum Bayindir-Verfahren siehe Lucy Martinez/Dana Bray, *The Interplay of Contract Claims and Treaty Claims*, TDM Vol. 3 (April 2006).

⁶¹⁵ Schreuer (Fn. 612), S. 295; Gaillard (Fn. 612), S. 6. Mit weiteren Einzelheiten zu der gegenüberstehenden Mindermeinung Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2003, S. 523-524.

⁶¹⁶ Schreuer (Fn. 164), S. 250.

⁶¹⁷ Rudolf Dolzer, *Schirmklauseln in Investitionsschutzverträgen*, in: Pierre-Marie Dupuy/Bardo Fassbender (Hrsg.) (u.a.), *Völkerrecht als Wertordnung – Festschrift für Christian Tomuschat*, N.P. Engel Verlag, Kehl, 2006, S. 281 (283 und 284).

„parallel effect“-, „observation of commitments“-, „pacta sunt servanda“- sowie „respect for contract“-Klauseln bezeichnet.⁶¹⁸ Allerdings entsprechen diese Klauseln in ihrer ursprünglichen Konzeption eher der Definition von „Regenschirm“ bzw. „Abschirmungsklausel“.⁶¹⁹ Dabei handelt es sich um eine Wirkung, wonach das Investitionsschutzabkommen sich schützend wie ein Regenschirm über den Investitionsvertrag spannt.⁶²⁰ Dadurch sollte nach der im Schrifttum herrschenden Meinung ein Verstoß gegen den Investitionsvertrag zugleich einen Verstoß gegen das BIT darstellen.⁶²¹ Es dauerte jedoch mehrere Jahrzehnte seit der Konzeption der Regenschirmklausel,⁶²² bis ihre Funktion Gegenstand eingehender Erörterung wurde. Eine solche Aufklärung sollte innerhalb des ICSID-Schiedsgerichtssystems geschehen.

Abgesehen von der den materiellrechtlichen Schutz der Investitionen betreffenden Regenschirmklausel wäre es weiterhin auch denkbar, dass die Zuständigkeit eines internationalen Schiedsgerichts für reine Vertragsverletzungen über Streitschlichtungsklauseln selbst etabliert werden könnte.⁶²³ Denn in manchen BITs finden sich abstrakte Streitbeilegungsklauseln, welche die Zuständigkeit des internationalen Schiedsgremiums dahingehend bestimmen, dass sie sich auf Streitigkeiten („disputes“) oder auf jede („any“) oder alle („all“) mit einer Investition zusammenhängenden Streitigkeiten bezieht.

Im folgenden soll daher die Kohärenz der ICSID-Judikatur bezüglich der Interpretation von Regenschirmklauseln und weiten Streitschlichtungsklauseln zur Begründung der Zuständigkeit von ICSID-Panels für reine Vertragsverletzungen untersucht werden.

2. Fallstudien

a) Salini v. Morocco (Briner, Cremades, Fadlallah), 23.07.2001

Gemäß der in Art. 8 des italienisch-marokkanischen BIT verankerten Streitbeilegungsklausel erstreckt sich die Zuständigkeit des ICSID-Zentrums auf folgende Streitigkeiten:⁶²⁴

„All disputes or differences, including disputes related to the amount of compensation due in the event of expropriation, nationalization or similar measures, between a Contracting Party and an

⁶¹⁸ Wälde (Fn. 146), S. 4; Sinclair (Fn. 145), S. 412.

⁶¹⁹ Schöbener/Markert (Fn. 59), S. 90, Fn. 128; Sinclair (Fn. 145), S. 425. Siehe auch oben: Erster Teil, IV, A.

⁶²⁰ Schöbener/Markert (Fn. 59), S. 90.

⁶²¹ Mit weiteren Nachweisen auf die in der Literatur herrschende Meinung Schreuer (Fn. 612), S. 299, Fn. 84.

⁶²² Zu den Ursprüngen der Regenschirmklausel ausführlich Sinclair (Fn. 145), S. 412-432.

⁶²³ Siehe auch oben: Erster Teil, IV, A.

⁶²⁴ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, Decision on Jurisdiction, ILM Vol. 42 (2003), S. 609 (623), Rn. 59 (Hervorgehoben vom Verfasser).

investor of the other Contracting Party concerning an investment of the said investor in the territory of the first Contracting Party.“

Das Tribunal bemerkte, dass Art. 8 sehr weit gefasst sei. Die Verweisung auf Enteignungs- und Nationalisierungsmaßnahmen könne nicht dahingehend interpretiert werden, dass sie einen Vertragsanspruch aus dem Anwendungsbereich dieses Artikels ausschließe.⁶²⁵ Was die Zuständigkeit des Tribunals *ratione personae* für reine Vertragsverletzungen betrifft, wies das Schiedsgericht darauf hin, dass sich das in Artikel 8 enthaltene Zuständigkeitsangebot nicht auf Verletzungen eines Vertrages erstrecke, bei dem eine andere Einheit als der Gaststaat die darin genannte Vertragspartei sei.⁶²⁶ Insbesondere bezog sich Art. 8 auf Verletzungen eines Vertrages, der den Staat unmittelbar binde.⁶²⁷ Eine unabhängige staatliche Einheit falle nicht notwendigerweise in den Anwendungsbereich der vorliegenden Streitbeilegungsklausel.⁶²⁸ Abschließend wurde die Zuständigkeit des Tribunals für reine Vertragsverletzungen bejaht.

Bewertung

Auf einer grammatikalischen Auslegung des Terminus „all disputes“ basierend befürwortete das Schiedsgericht seine Zuständigkeit für reine Vertragsverletzungen. Angesichts des abstrakten Wortlautes sowie der Tatsache, dass die Verweisung auf Enteignungs- und Nationalisierungsmaßnahmen nicht abschließenden, sondern beispielhaften Charakter hat, erweist sich die Auslegung nach dem üblichen Wortsinn als schlüssig. Allerdings wurden in den Interpretationsprozess keine weiteren Auslegungselemente einbezogen. Mit anderen Worten zeigt sich, dass keine umfassende rechtliche Operation i.S.v. Art. 31(1) WVK durchgeführt wurde. Die einzige Schranke für die Begründung der Zuständigkeit des Tribunals für reine Vertragsverletzungen bildete das Erfordernis, dass die staatliche Stelle die im Investitionsvertrag ausdrücklich genannte Partei ist.

b) Vivendi v. Argentina (Fortier, Crawford, Fernández Rozas), 03.07.2002

Die Streitschlichtungsklausel von Art. 8 des französisch-argentinischen BIT betrifft „any disputes relating to any investments made under this Agreement.“ Das Ad-hoc-Komitee im Aufhebungsverfahren Vivendi bemerkte diesbezüglich, dass Art. 8 keine engere Formulierung

⁶²⁵ Ebenda, S. 623, Rn. 59.

⁶²⁶ Ebenda, S. 624, Rn. 61-62.

⁶²⁷ Ebenda, S. 624, Rn. 61.

⁶²⁸ Ebenda, S. 623, Rn. 60.

enthalte, welche die Behauptung einer Verletzung des BIT selbst benötige.⁶²⁹ Vom Wortlaut her erfordere Artikel 8 keine Verletzung des BIT. Es genüge, dass eine Streitigkeit sich auf eine Investition beziehe, die „under the BIT“ getätigt werde. Im Gegensatz dazu, setzte das Ad-hoc-Komitee seine Argumentation fort, beziehe sich zum Beispiel Art. 11 des BIT, also die Schiedsklausel für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsstaaten, auf Streitigkeiten „concerning the interpretation or application of this Agreement“ und Art. 1116 des NAFTA-Abkommens seinerseits knüpfe ausdrücklich an bestimmte Vorschriften des 11. Kapitels an.⁶³⁰

Bewertung

In Übereinstimmung mit dem Verfahren Salini befürwortete das Ad-hoc-Komitee im Falle Vivendi seine Zuständigkeit für Vertragsverletzungen aufgrund des abstrakten Wortlautes der Streitschlichtungsklausel. Die hier vorgenommene Interpretation erweist sich im Vergleich zu dem vergangenen Schiedsspruch als vollständiger, da das Tribunal auch zur Anwendung der systematischen Methode flankiert von einer komparativen Gegenüberstellung von Art. 8 des BIT mit Art. 1116 des NAFTA-Abkommens kam. Eindeutig ist jedoch, dass beide letztgenannten Elemente als Interpretationshilfsmittel zur Bestätigung der grammatikalischen Interpretation herangezogen wurden, sowie dass keine Bezugnahme auf das Schiedsverfahren Salini stattfand.

c) SGS v. Pakistan (Feliciano, Faurès, Thomas), 06.08.2003

Im Verfahren SGS-Pakistan machte der Investor geltend, dass die in Art. 11 des zwischen Pakistan und der Schweiz niedergelegte Regenschirmklausel „elevator“- bzw. „mirror“-Auswirkungen entfalte, indem sie eine Verletzung des Investitionsvertrages (PSI-Vertrag) auf die Ebene einer Verletzung des bilateralen Investitionsschutzabkommens, also des Völkerrechts hebe.⁶³¹

Das Panel stellte von Anfang an klar, dass es das erste internationale Schiedsgericht sei, dass sich mit den Auswirkungen einer solchen Klausel auseinanderzusetzen habe.⁶³² Ohne

⁶²⁹ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic, Decision on Annulment, ILM Vol. 41 (2002), S. 1135 (1147), Rn. 55.

⁶³⁰ Ebenda, S 1148, Rn. 55.

⁶³¹ Artikel 11 lautet: „Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.“ (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁶³² SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Objections to Jurisdiction, ICSID Review/FILJ Vol. 18 (2003), S. 301 (362), Rn. 164.

ausdrücklich auf Art. 31(1) WVK zu verweisen, erklärte das Schiedsgericht den Gang seiner Auslegung mit der darin normierten Methode, die auch Gewohnheitsrecht wiedergibt.⁶³³

Vom Wortlaut her beschränke sich das Wort „commitments“ nicht nur auf vertragliche Verpflichtungen, sondern es könne auch legislative und administrative Maßnahmen sowie einseitige Rechtsakte des Gaststaates umfassen. Der Satz „constantly [to] guarantee the observance“ signalisiere ferner nicht notwendigerweise die Schaffung oder die Annahme von neuen völkerrechtlichen Verpflichtungen seitens des Gaststaates, wenn es eindeutig sei, dass es zuvor keine solchen gebe. Aus grammatikalischer Sicht daher:⁶³⁴

„the scope of Article 11 of the BIT, while consisting in its entirety of only one sentence, appears susceptible of almost indefinite expansion.“

Das Schiedsgericht stellte infolgedessen fest, der Wortlaut von Art. 11 des BIT an sich erwecke nicht den Anschein, dass Vertragsverletzungen automatisch auf die Ebene der Verletzung von völkerrechtlichen Verpflichtungen gehoben werden.⁶³⁵

Unter Berücksichtigung des auch in Art. 3 der ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit verankerten völkerrechtlichen Grundsatzes, wie er im Falle Vivendi durch das Ad-hoc-Komitee übernommen wurde, und der rechtlichen Konsequenzen der Annahme der Position des Klägers im Hinblick auf die Funktion der Regenschirmklausel wies das Tribunal darauf hin, dass der Investor keine klaren und überzeugenden Beweise vorgelegt habe, welche den gemeinsamen Willen der Schweiz und von Pakistan für eine solche Funktion wiedergeben.⁶³⁶

Wenngleich nicht ausdrücklich, kam somit hier Art. 31(4) WVK zur Anwendung.

Im Anschluss hieran wurden in detaillierter Weise die aus einer Akzeptanz der Ansicht des Investors resultierenden Konsequenzen dargelegt.⁶³⁷ Dies könnte erstens zu einer Inkorporation „by reference“ einer uneingeschränkten Anzahl von „state contracts“ sowie anderer innerstaatlichen Instrumenten, welche staatliche Verpflichtungen festlegen, führen. Demzufolge wäre jede Verletzung dieser als eine Verletzung des BIT zu behandeln. Die Ansicht des Klägers mache zweitens Artikel 3 (Förderung und Zulassung von Investitionen in Übereinstimmung mit den Gesetzen und sonstigen Rechtsvorschriften der anderen Vertragspartei) und Artikel 7 (Meistbegünstigungsklausel) des BIT überflüssig. Ein Investor könnte drittens die in einem Investitionsvertrag niedergelegte Schiedsklausel nach Belieben ungültig machen. Ein derartiges Verständnis der Regenschirmklausel hätte zur Folge, dass die

⁶³³ Ebenda, S. 362, Rn. 164-165.

⁶³⁴ Ebenda, S. 363, Rn. 166.

⁶³⁵ Ebenda, S. 363, Rn. 166.

⁶³⁶ Ebenda, S. 363, Rn. 167.

⁶³⁷ Ebenda, S. 364, Rn. 168.

Nutzungsvorteile einer Streitbeilegungsklausel eines Investitionsvertrags mit einem Staat, der darüber hinaus BIT-Partei ist, nur in Richtung Investor fließen würden. Denn der Investor könne die Berufung des Gaststaates auf das vertraglich festgelegte Forum immer vereiteln und jedes gegenseitig vereinbarte Streitbeilegungsverfahren nach Wunsch frustrieren. Der Investor wäre frei, entweder aufgrund des Vertrages oder aufgrund des BIT ein Schiedsverfahren einzuleiten. Die staatliche Partei des Vertrags allerdings wäre von dem in dem Vertrag festgelegten Schiedsforum praktisch ausgeschlossen, es sei denn, dass der Investor darin eingewilligt hätte.

Hiernach wurde Art. 11 systematisch ausgelegt. Da Art. 11 nicht innerhalb der materiellrechtlichen Vorschriften des BIT platziert worden sei, sondern vor den Schlussbestimmungen und nach den Streitschlichtungsklauseln des BIT, könne die Regenschirmklausel nicht den übrigen materiellen Standards gleichstehen.⁶³⁸

Das Tribunal im Verfahren SGS-Pakistan erklärte danach, der geeignete Interpretationsansatz sei der „in dubio mitius“ [im Zweifel das Mildere/Günstigere]⁶³⁹ und beschrieb die Funktion einer Regenschirmklausel dahingehend, dass sie:⁶⁴⁰

„signal[s] an implied affirmative commitment to enact implementing rules and regulations necessary or appropriate to give effect to a contractual or statutory undertaking in favor of investors of another Contracting Party that would otherwise be a dead letter.“

Die Möglichkeit einer „elevator“-Wirkung für „state contracts“ wurde nicht ausgeschlossen; sie unterlag aber dem Vorbehalt des Vorliegens außergewöhnlicher Umstände.⁶⁴¹ Hinzu komme, dass im vorhandenen Verfahren keine klaren und überzeugenden Beweise vorgelegt wurden, welche die Absicht der Parteien zeigten, jede Verletzung eines Investitionsvertrages auf die Ebene einer Abkommensverletzung zu heben.⁶⁴² Abschließend wurde die Behauptung des Investors bezüglich der Abschirmungsklausel zurückgewiesen.

Für den Fall, dass der „elevator“-Effekt der Regenschirmklausel nicht akzeptiert würde, hatte der Kläger darüber hinaus geltend gemacht, dass das ICSID-Schiedsgericht durch die weite

⁶³⁸ Ebenda, S. 365, Rn. 169-170.

⁶³⁹ Ebenda, S. 366, Rn. 171.

⁶⁴⁰ Ebenda, S. 367, Rn. 172.

⁶⁴¹ Einen solchen Umstand bezeichnete das Schiedsgericht ebenda, S. 367, Rn. 172 wie folgt: „For instance, if a Contracting Party were to take action that materially impedes the ability of an investor to prosecute its claims before an international arbitration tribunal (having previously agreed to such arbitration in a contract with the investor), or were to refuse to go to such arbitration at all and leave the investor only the option of going before the ordinary courts of the Contracting Party (which actions need not amount to “denial of justice”), that Contracting Party may arguably be regarded as having failed “constantly [to] guarantee the observance of [its] commitments” within the meaning of Article 11 of the Swiss-Pakistan BIT.“

⁶⁴² Ebenda, S. 367, Rn. 172.

Streitbeilegungsklausel gemäß Art. 9 des BIT für Ansprüche zuständig sei, die aus Vertragsverletzungen, also aus Verstößen gegen den PSI-Vertrag, entstünden.⁶⁴³ Mit dieser Frage hatte sich das Schiedsgericht bereits vor der Befassung mit der Auslegung der Regenschirmklausel auseinandergesetzt.

Gemäß Art. 9 des BIT bezog sich die Zuständigkeit eines ICSID-Tribunals auf „disputes between a Contracting Party and an Investor of the other Contracting Party.“ Die in Artikel 11 des PSI-Vertrages enthaltene Schiedsklausel sah ihrerseits vor, dass für Streitigkeiten über die Verletzung des Investitionsvertrages die Schiedsgerichte von Islamabad zuständig sind.⁶⁴⁴ Von dieser Bestimmung hatte bereits Pakistan Gebrauch gemacht, indem es ein Schiedsverfahren gegen die SGS-Gesellschaft eingeleitet hatte. Das Panel erkannte vorerst an, dass sowohl BIT- als auch PSI-Streitigkeiten als „disputes with respect to investments“ im Sinne von Art. 9 des BIT anzusehen seien. Seiner Meinung nach bezog sich dieser Ausdruck jedoch weder auf die Rechtsgrundlage des Anspruchs noch auf den geltend gemachten Klagegegenstand.⁶⁴⁵ Aufgrund einer solchen grammatikalischen Interpretation stellte das Panel fest:⁶⁴⁶

„In other words, from that description alone, without more, we believe that no implication necessarily arises that both BIT and purely contract claims are intended to be covered by the Contracting Parties in Article 9.“

Ebenso sei nicht davon auszugehen, dass der Streitbeilegungsmechanismus von Art. 9 des BIT alle anderen gültigen Nicht-ICSID-Streitbeilegungsklauseln, die in früheren Vereinbarungen zwischen dem schweizerischen Investor und dem Beklagten niedergelegt seien, ersetzen oder gegebenenfalls beseitigen würde. Hiernach kam das SGS-Pakistan-Tribunal zu dem Ergebnis:⁶⁴⁷

„Thus, we do not see anything in Article 9 or in any other provision of the BIT that can be read as vesting this Tribunal with jurisdiction over claims resting *ex hypothesi* exclusively on contract.“

Artikel 11 des PSI-Vertrages sei eine gültige Gerichtsstandsklausel, sofern sie vertragliche Ansprüche betreffe, die nicht auch BIT-Ansprüchen gleichstehen. Daher müsse diese Klausel

⁶⁴³ Ebenda, S. 359, Rn. 156.

⁶⁴⁴ Ebenda, S. 360, Rn. 158.

⁶⁴⁵ Ebenda, S. 361, Rn. 161: „That phrase, however, while descriptive of the *factual subject matter* of the disputes, does not relate to the legal basis of the claims, or the cause of action asserted in the claims.“ (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁶⁴⁶ Ebenda, S. 361, Rn. 161.

⁶⁴⁷ Ebenda, S. 361, Rn. 161 (Hervorgehoben vom Verfasser).

respektiert werden. Letzten Endes erklärte sich das SGS-Pakistan-Tribunal für Vertragsverletzungen, die nicht zugleich Verletzungen der materiellen Standards des BIT gleichkommen, für unzuständig.⁶⁴⁸

Bewertung

Die leitende Auslegungsmaxime bei der Interpretation der Abschirmungsklausel im Verfahren SGS-Pakistan bildete der Grundsatz in dubio mitius, der einen souveränitätsfreundlichen Auslegungsansatz bezeichnet. Demnach sind völkerrechtliche Bestimmungen dahingehend zu interpretieren, dass sie zu den am wenigsten belastenden Verpflichtungen für die souveränen Staaten führen.⁶⁴⁹ Abgesehen davon, dass es sich um eine Vermutung handelt, sollte in diesem Zusammenhang angemerkt werden, dass dieser Grundsatz aus einer zeitlichen Periode stammt, als das tragende Prinzip der Weltgemeinschaft die Bewahrung der staatlichen Freiheit war.⁶⁵⁰ Dieser restriktive Auslegungsansatz hat nicht nur keinen Niederschlag in der WVK gefunden, sondern scheint mit dem eher menschenrechtlichen Charakter der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit, wonach ausländische natürliche oder juristische Personen vor Eingriffen des Gaststaates in ihr Eigentum mittels neutraler Streitbeilegung auf internationaler Ebene geschützt werden, sowie mit der Ratio der Regenschirmklausel, welche darin besteht, den Investoren einen über die traditionellen internationalen Standards hinausgehenden Schutz zur Verfügung zu stellen, nicht im vollen Einklang zu stehen.⁶⁵¹ Die enge Auslegung wurde weiterhin durch den Rückgriff auf Art. 31(4) ergänzt, indem die „elevator“-Wirkung als eine besondere, vom Wortlaut abweichende Bedeutung angesehen wurde. Somit wurde die Beweislast hinsichtlich einer solchen Funktion dem Kläger auferlegt. Bereits das Ergebnis der hier vorgenommenen grammatikalischen Interpretation implizierte, dass die Transformation vertraglicher in völkerrechtliche Verpflichtungen eine Ausnahme bildete.

Nach der grammatikalischen Interpretation betrachtete das Schiedsgericht die Konsequenzen einer eventuellen Akzeptanz einer „elevator“-Funktion der Regenschirmklausel für das rechtliche Verhältnis zwischen dem Gaststaat und dem Investor. Es ist verständlich, dass das erste sich mit der Wirkung der Regenschirmklausel befasste Schiedsgericht besondere Sensibilität gegenüber etwaigen weitgehenden Folgen zum Ausdruck brachte. Aus rein völkerrechtlicher Sicht kann eine derartige Vorgehensweise eine ergänzende Funktion im

⁶⁴⁸ Ebenda, S. 361, Rn. 162.

⁶⁴⁹ Bernhardt (Fn. 387), S. 1419.

⁶⁵⁰ Antonio Cassese, *International Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, Oxford, 2005, S. 178.

⁶⁵¹ Vgl. Rudolf Bernhardt, *Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights*, GYIL Vol. 21 (1999), S. 11 (14), der die Anwendbarkeit der Maxime in dubio mitius auf Menschenrechtsverträge ablehnt.

Sinne von Art. 32 WVK entfalten, was hier nicht der Fall war, da sie ein entscheidendes Gewicht genoss und den Gang der holistischen Schrittfolge i.S.v. Art. 31 WVK unterbrach. Man könnte in diesem Zusammenhang vertreten, dass der vorhandene Auslegungsvorgang des Panels Stimmen aus der Vergangenheit ins Leben zu rufen scheint und insbesondere aus Zeiten, als kurz vor der Verabschiedung der Endfassung der WVK dem jeweiligen Interpreten „an early start on the operation of estimating the effect of decision“ empfohlen wurde.⁶⁵²

Im Ergebnis verstand das Schiedsgericht die Funktion der Abschirmungsklausel dahingehend, dass der Gaststaat diejenigen Maßnahmen treffen solle, die der Umsetzung der Investitionsverträge dienlich seien,⁶⁵³ da eine „elevator“-Wirkung eines spezifischen und expliziten diesbezüglichen Wortlautes bedürfe oder aufgrund außergewöhnlicher Umstände anzunehmen sei.⁶⁵⁴

Im Hinblick auf die Auslegung der Streitbeilegungsklausel wurde im Gegensatz zu der Aufhebungsentscheidung Vivendi und dem Schiedsspruch Salini der abstrakte Wortlaut alleine als nicht aufschlussreich für die Begründung der Zuständigkeit des Panels für reine Vertragsverletzungen erachtet. In diesem Kontext stand ausschließlich eine enge grammatikalische Interpretation im Mittelpunkt, wobei darüber hinausgehend beide letztgenannten ICSID-Verfahren bei der Auslegung der Streitschlichtungsklausel nicht berücksichtigt wurden.

d) SGS v. Philippines (El-Kosheri, Crawford, Crivellaro), 29.01.2004

Im Verfahren SGS-Philippinen behauptete der Investor, dass die Verletzung des zwischen der Gesellschaft SGS und den Philippinen abgeschlossenen Vertrages (CISS-Vertrag) zugleich einen Verstoß gegen die in Art. X(2) des zwischen der Schweiz und den Philippinen

⁶⁵² Myres McDougal/Harold Lasswell/James Miller, *The Interpretation of Agreements and World Public Order*, Yale University Press, New Haven and London, 1967, S. 384.

⁶⁵³ Dolzer (Fn. 617), S. 291. Von der Untersuchung des methodologischen Vorgangs der ICSID-Panels abweichend und Parallelen zu dem im Laufe der historischen Entwicklung des Verständnisses der Funktion der Regenschirmklausel zu ziehen versuchend ähnelt die zugesprochene Funktion der in dem Report der Committee on International Trade and Investment der American Bar Association zu dem U.S. State Department enthaltenen Kommentierung der Regenschirmklausel des OECD-Konventionsentwurfes über den Schutz von Auslandsvermögen von 1962, wonach: „[w]hat the Convention would do in respect of state undertakings to aliens would be to provide a remedy for their enforcement. It would not turn private contracts into treaties; it would not create obligations where none arose under the applicable law; it would not impair sovereignty or the police power: but it would provide for giving effect in an international forum to acquired rights arising from state contracts, and in this way it would ensure the application of an international standard where under international law that standard should be applied.“ Zitiert in: Sinclair (Fn. 145), S. 431.

⁶⁵⁴ In ihrem Brief vom 01.10.2003 an den stellvertretenden Generalsekretär des ICSID-Zentrums bezeichnete sich die Regierung der Schweiz als „alarmed about the very narrow interpretation given to the meaning of Article 11 by the tribunal, which not only runs counter to the intention of Switzerland when concluding the Treaty but is quite evidently neither supported by the meaning of similar articles in BITs concluded by other countries nor by academic comments on such provisions.“ Zitiert in: Stanimir Alexandrov, *Breaches of Contract and Breaches of Treaty - The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines*, JWIT Vol. 5 (2004), S. 555 (570).

abgeschlossenen BIT verankerte Regenschirmklausel darstelle.⁶⁵⁵ Gestützt auf das SGS-Pakistan-Urteil trug der Beklagte vor, dass Art. X(2) solche Auswirkungen nicht entfalten könne.⁶⁵⁶

Das Tribunal stellte zunächst auf den Wortlaut der Regenschirmklausel ab. Der Ausdruck „shall“ bringe eine Verpflichtung zum Ausdruck, und die Formulierung „any obligation“ könne sich aus dem nationalen Recht ergebende Verpflichtungen erfassen z. B. vertragliche. Das Panel fügte hinzu, dass vom Wortlaut des Art. X(2) ausgegangen.⁶⁵⁷

„it would appear to say, and to say clearly, that each Contracting Party shall observe any legal obligation it has assumed, or will in the future assume, with regard to specific investments covered by the BIT. Article X(2) was adopted within the framework of the BIT, and has to be construed as intended to be effective within that framework.“

Danach wurde die Abschirmungsklausel teleologisch interpretiert. Der Auffassung des Panels nach sprächen das Ziel und der Zweck des BIT für eine effektive Interpretation des Art. X(2).⁶⁵⁸ Das BIT sei ein völkerrechtliches Abkommen für die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen. Gemäß seiner Präambel bezwecke das BIT, „günstige Bedingungen für Investitionen von Investoren auf dem Territorium der anderen Vertragspartei zu schaffen.“ Es sei daher gerechtfertigt, Ungewissheiten zu Gunsten des Schutzes der durch das BIT gedeckten Investitionen zu interpretieren.

Das Schiedsgericht merkte weiterhin an, dass seine Schlussfolgerung im Widerspruch zum Schiedsspruch SGS-Pakistan stehe, und versuchte, sein Urteil von dem letztgenannten, wo die fragliche Regenschirmklausel äußerst restriktiv ausgelegt worden sei, zu unterscheiden.⁶⁵⁹ Erstens sei die Formulierung von Art. 11 des BIT zwischen der Schweiz und Pakistan („the commitments it has entered into with respect to the investments“) weniger klar und kategorisch als die des Art. X(2) des vorhandenen BIT („any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory“).⁶⁶⁰ Zweitens betonte das Panel, dass sich das Tribunal im Falle SGS-Pakistan auf allgemeine völkerrechtliche Prinzipien gestützt habe, nämlich auf den Grundsatz „a violation of a contract entered into by a State with an investor

⁶⁵⁵ Artikel X(2) lautet: „Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party.“ (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁶⁵⁶ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, Decision on Objections to Jurisdiction, Rn. 113, abrufbar unter <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

⁶⁵⁷ Ebenda, Rn. 115 (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁶⁵⁸ Ebenda, Rn. 116-117.

⁶⁵⁹ Ebenda, Rn. 120-124.

⁶⁶⁰ Ebenda, Rn. 119.

of another State, is not, by itself, a violation of international law“, um eine Vermutung gegen eine weite Interpretation von Art. 11 zu entwickeln.⁶⁶¹ Hauptsächlich handele es sich aber um eine Interpretationsfrage, „and does not seem to be determined by any presumption.“ Drittens akzeptiere das Tribunal nicht, dass eine weite Auslegung der Regenschirmklausel zu einer Umgehung der in den Investitionsverträgen niedergelegten Streitbeilegungsklauseln führen könne, wie das ICSID-Panel im Falle SGS-Pakistan befürchtet habe. Als viertes Argument wies das Tribunal darauf hin, dass unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen die Lage einer Regenschirmklausel innerhalb eines BIT nicht entscheidend sei.⁶⁶² Außerdem bezeichnete es die Argumentation des Tribunals im Verfahren SGS-Pakistan als nicht überzeugend. Es habe unterlassen, der Regenschirmklausel eine klare Bedeutung zu geben.⁶⁶³

Im Hinblick auf die weitere Befürchtung des ICSID-Schiedsgerichts im Verfahren SGS-Pakistan, wonach eine extensive Interpretation zu einer intensiven Internationalisierung von innerstaatlichen Verträgen führen könne, äußerte das Tribunal, dass die Regenschirmklausel die vertragsrechtlichen Fragen nicht in BIT-Fragen verwandle; sie transformiere das nach dem CISS-Vertrag anzuwendende philippinische Recht nicht in Völkerrecht; sie richte sich nicht an die Reichweite, sondern an die Erfüllung von Verpflichtungen.⁶⁶⁴ Das Maß und der Inhalt der Verpflichtungen seien immer noch durch den Investitionsvertrag geregelt.⁶⁶⁵

Nach der Befassung mit der Interpretation der Regenschirmklausel setzte sich das Schiedsgericht auch mit der Frage auseinander, ob es mittels der weiten Streitbeilegungsklausel des Art. VIII(2) für Vertragsverletzungen zuständig sei unabhängig davon, ob materiellrechtliche Bestimmungen des BIT verletzt worden seien.⁶⁶⁶

Nach Ansicht des Panels sei der Wortlaut von Art. VIII des BIT („disputes with respect to investments“) *prima facie* sehr abstrakt und gestatte die Unterwerfung aller Investitionsstreitigkeiten.⁶⁶⁷ Die Ausführungen des Schiedsgerichts im Verfahren SGS-Pakistan wortwörtlich umkehrend ging hier das Tribunal davon aus, dass die letztgenannte

⁶⁶¹ Ebenda, Rn. 122.

⁶⁶² Ebenda, Rn. 124.

⁶⁶³ Ebenda, Rn. 125: „Not only are the reasons given by the Tribunal in *SGS v. Pakistan* unconvincing: the Tribunal failed to give any clear meaning to the “umbrella clause”.“

⁶⁶⁴ Ebenda, Rn. 126: „Article X(2) addresses not the *scope* of the commitments entered into with regard to specific investments but the *performance* of these obligations, once they are ascertained.“

⁶⁶⁵ Ebenda, Rn. 128.

⁶⁶⁶ Ebenda, Rn. 129.

⁶⁶⁷ Ebenda, Rn. 131.

Formulierung nicht durch die rechtliche Einordnung des geltend gemachten Anspruchs eingeschränkt werde.⁶⁶⁸ In diesem Kontext führte das Panel folgendes aus:⁶⁶⁹

„A dispute about an alleged expropriation contrary to Article VI of the BIT [Dispossession, Compensation] would be a “dispute with respect to investments”; so too would a dispute arising from an investment contract such as the CISS Agreement.“

Hätten weiterhin die BIT-Staatsparteien gewollt, die Schiedsgerichtsbarkeit zwischen Staat und Investor auf Ansprüche zu beschränken, welche Verletzungen der materiellrechtlichen Standards des BIT betreffen, würden sie dies ausdrücklich festlegen, wie es z. B. in Art. IX des BIT (Streitigkeiten zwischen Vertragsstaaten) der Fall sei.⁶⁷⁰

Nach der grammatikalischen und systematischen Auslegung berief sich das Schiedsgericht unter anderem auf das Ziel und den Zweck des BIT. Da das Telos des BIT darin bestehe, die ausländischen Investitionen zu schützen und zu fördern, stehe es im Einklang mit diesem Ziel, den Investoren eine Gerichtswahl für die Beilegung von jeder Art von Investitionsstreitigkeiten zur Verfügung zu stellen.⁶⁷¹ Der Ansicht des SGS-Pakistan-Schiedsspruchs wortwörtlich entgegen fuhr im vorliegenden Fall das ICSID-Panel fort, wenn technische Trennlinien zwischen BIT- und vertraglichen Rechtsgrundlagen der Ansprüche gezogen würden, könne dies zu überschneidenden Verfahren und zu Unsicherheit bezüglich der zuständigen Gerichtsbarkeit führen.

Anschließend stelle das Panel aus einem komparativen Gesichtspunkt fest, dass die Einschränkung der Schiedsgerichtsbarkeit zwischen Staat und Investor auf völkerrechtliche Ansprüche in den Investitionsschutzabkommen ausdrücklich vorgesehen werde, wie dies im NAFTA-Abkommen der Fall sei.⁶⁷²

Hiernach kam das Tribunal unter anderem zu der Schlussfolgerung, dass der SGS-Gesellschaft im Prinzip der Weg offen gewesen sei, gemäß Art. VIII(2) des BIT ihre vertragliche Streitigkeit an die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit zu verweisen.⁶⁷³

Abgesehen von der Frage der Interpretation der weiten Streitbeilegungsklausel sollte in diesem Zusammenhang auch angemerkt werden, dass der vor das Tribunal gebrachte vertragliche Anspruch im Ergebnis als unzulässig (inadmissible) charakterisiert wurde. Demzufolge setzte das Panel das Schiedsverfahren mit der Begründung aus, dass die

⁶⁶⁸ Ebenda, Rn. 131: „The term “disputes with respect to investments” is not limited by reference to the legal classification of the claim that is made.“

⁶⁶⁹ Ebenda, Rn. 131.

⁶⁷⁰ Ebenda, Rn. 132 Erwägung (b).

⁶⁷¹ Ebenda, Rn. 132 Erwägung (c).

⁶⁷² Ebenda, Rn. 132 Erwägung (e).

⁶⁷³ Ebenda, Rn. 135.

Behandlung eines „contract claim“ durch das Schiedsgericht der in Art. 12 normierten Schiedsklausel des Investitionsvertrages, wonach die Beilegung von vertraglichen Streitigkeiten über die ordentlichen Gerichte von Makati und Manila erfolgen müsse, zuwiderlaufe.⁶⁷⁴

Bewertung

Die Interpretation der Regenschirmklausel nach dem üblichen Wortsinn führte im Verfahren SGS-Philippinen zu einem weiten Verständnis ihres sachlichen Anwendungsbereiches. Im konkreten Falle sollte sie jede rechtliche Verpflichtung in Bezug auf eine Investition umfassen. Ihr Anwendungsbereich beschränkte sich daher nicht nur auf Verletzungen des Investitionsvertrages. Trotz der Unterscheidung des vorliegenden Schiedsspruchs von dem SGS-Pakistan-Verfahren anhand des weniger kategorischen Wortlautes der Abschirmungsklausel des letztgenannten Falles ist es ferner offensichtlich, dass im Vordergrund der Interpretation im Verfahren SGS-Philippinen die besondere Gewichtung des teleologischen Elementes lag. In dieser Hinsicht ist die Kritik gegenüber dem Schiedsspruch SGS-Pakistan insofern nicht gerechtfertigt, als das vorliegende Tribunal auch eine Vermutung, und zwar die gegenteilige, formulierte, wonach Ungewissheiten zu Gunsten des Investors entschieden werden müssten. Den Brennpunkt der Analyse bildete somit ein auf dem Grundsatz der Effektivität beruhender investorfreundlicher Ansatz. Hier ist auch anzumerken, dass ein Bruch in dem durch Art. 31(1) WVK gebotenen Auslegungsvorgang zu identifizieren ist. Denn die systematische Interpretation als nicht ausschlaggebend bezeichnet wurde, indem die Verortung der Regenschirmklausel innerhalb des BIT als nicht maßgeblich angesehen wurde. Man sollte in diesem Kontext auch erwähnen, dass im vorhandenen Verfahren genau wie im Falle SGS-Pakistan sich die Abschirmungsklausel nach den Streitbeilegungsvorschriften und vor der Schlussbestimmung des BIT befand.

Zuletzt wurde die Funktion der Abschirmungsklausel dahingehend verstanden, dass ein Verstoß des Gaststaates gegen bindende, die Investition betreffende Verpflichtungen einschließlich des Investitionsvertrages, eine Verletzung der Regenschirmklausel darstellte. Ihr wurde jedoch ein vollkommener Transformationseffekt nicht zugesprochen, denn nach Ansicht des Tribunals stehe der verletzte Investitionsvertrag noch unter der Herrschaft des nationalen Rechtes.⁶⁷⁵

⁶⁷⁴ Ebenda, Rn. 154-155, 169, 171-174. Siehe dagegen die Erklärung des Schiedsrichters Antonio Crivellaro, abrufbar unter <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-declaration.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

⁶⁷⁵ Vgl. auch Dolzer (Fn. 617), S. 292.

Im Hinblick auf die Auslegung der Streitbeilegungsklausel lässt sich allein aus struktureller Sicht erkennen, dass das Vorgehen des Panels die Anforderung von Art. 31(1) WVK hinsichtlich einer umfassenden Schrittfolge erfüllte. Im Gegensatz zu dem SGS-Pakistan-Verfahren genügte es aber dem Tribunal bereits vom Wortlaut her, den Anwendungsbereich der Streitbeilegungsklausel dahingehend zu verstehen, dass er alle sich mit einer Investition zusammenhängenden Streitigkeiten umfasste, ohne einer zusätzlichen Verletzung des BIT zu bedürfen. Parallelen sind ferner zwischen dem vorhandenen Schiedsspruch und der Aufhebungsentscheidung Vivendi aus dem Blickwinkel der systematischen Interpretation zu ziehen. Denn in beiden Fällen wurde die BIT-Schiedsklausel für Streitigkeiten zwischen Gaststaat und Investor der in der Regel engeren Formulierung der BIT-Schiedsklausel für Streitigkeiten zwischen Vertragsstaaten gegenübergestellt. Da nur die letztgenannten Vorschriften sich auf Streitigkeiten „über die Auslegung oder Anwendung dieses Übereinkommens [nämlich des BIT]“ beziehen,⁶⁷⁶ wurde dadurch die Bejahung der Zuständigkeit für reine Vertragsverletzungen anhand des Wortlautes bestätigt.

Neben den bemerkenswerten Dissonanzen im Hinblick auf die Auslegung der Abschirmungsklauseln und der Streitbeilegungsvorschriften zwischen den Verfahren SGS-Pakistan und SGS-Philippinen taucht in diesem Zusammenhang auch ein eher dogmatisches Problem auf. Angesichts der Tatsache, dass der Auffassung des SGS-Philippinen-Panels zufolge die hier abstrakt gefasste Streitbeilegungsklausel seine Zuständigkeit für reine Vertragsverletzungen begründe, ohne das Erreichen der Schwelle einer BIT-Verletzung zu erfordern, stellt sich dann die Frage, welchen Sinn die Etablierung der Zuständigkeit mittels der Regenschirmklausel für Vertragsverletzungen hat, wenn auch sie das anzuwendende Recht des Investitionsvertrages unangetastet lässt.⁶⁷⁷ Die Funktion beider Klauseln scheint im vorliegenden Fall identisch zu sein.

Im Ergebnis erweist sich das SGS-Philippinen-Verfahren als eine umfassende juristische Operation gegen die Auslegungsmethodologie und die Argumente des SGS-Pakistan-Schiedsspruches, da die Thesen des ICSID-Panels im Verfahren SGS-Pakistan scharf kritisiert und eine nach der anderen umgekehrt wurden.⁶⁷⁸

e) Joy Mining v. Egypt (Orrego Vicuña, Craig, Weeramantry), 06.08.2004

⁶⁷⁶ Vgl. Judith Gill/Matthew Gearing/Gemma Birt, Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties - A Comparative Review of the SGS Cases, *Journal of International Arbitration* Vol. 21 (2004), S. 397 (412).

⁶⁷⁷ Vgl. Gill/Gearing/Birt, ebenda, S. 412.

⁶⁷⁸ Vgl. Dolzer (Fn. 617), S. 292.

Nachdem das Tribunal im Falle Joy Mining wegen des Fehlens einer Investition im Sinne von Art. 25 ICSID-Üb. sich für unzuständig erklärte, befasste es sich zur Klarstellung mit der Frage, ob es für rein vertragliche Ansprüche zuständig sein könne.⁶⁷⁹ Der Investor behauptete, dass durch Art. 2(2), nämlich die Regenschirmklausel, des zwischen Ägypten und dem Vereinigten Königreich abgeschlossenen BIT jede Verletzung vertraglicher Verpflichtungen einer Verletzung des BIT gleichkomme.⁶⁸⁰ Wäre dies nicht der Fall, dann wäre ein vertraglicher Anspruch mittels der Streitbeilegungsklausel, nämlich Art. 9(2), schiedsfähig,⁶⁸¹ selbst wenn kein Verstoß gegen das BIT vorliege.

In seinem Obiter Dictum wies das Panel zunächst darauf hin, dass es nicht das erste Tribunal sei, dass sich mit der Frage der Unterscheidung zwischen „contract claims“ und „treaty claims“ befasse. In diesem Zusammenhang zitierte es die entsprechende ICSID-Judikatur; darunter auch die Aufhebungsentscheidung Vivendi und beide SGS-Schiedssprüche.⁶⁸² An erster Stelle betonte das Schiedsgericht, dass zwischen kommerziellen und anderen Aspekten einer Streitigkeit, welche eine Art von staatlichem Eingriff in die Wirksamkeit des betreffenden Vertrages involvieren, zu unterscheiden sei.⁶⁸³ Ferner sei es für einen vertraglichen Anspruch in der Regel schwierig, die Zuständigkeit der auf der Grundlage eines Investitionsschutzabkommens konstituierten Schiedsgerichte zu begründen, da die Behauptung einer Verletzung von bestimmten Abkommensrechten die Basis ihrer Zuständigkeit bilde.⁶⁸⁴ In den Worten des Panels:⁶⁸⁵

„A purely contractual claim, however, will normally find difficulty in passing the jurisdictional test of treaty-based tribunals, which will of course require allegation of a specific violation of treaty rights as the foundation of their jurisdiction. As the Annulment Committee held in *Vivendi*, “[a] treaty cause of action is not the same as a contractual cause of action; it requires a clear showing of conduct which is in the circumstances contrary to the relevant treaty standard”.“

⁶⁷⁹ Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, Award on Jurisdiction, ICSID Review/FILJ Vol. 19 (2004) , S. 486 (503), Rn. 63.

⁶⁸⁰ Ebenda, S. 504-505, Rn. 68. Artikel 2(2) lautet: „Each Contracting Party should observe any obligations it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party.“

⁶⁸¹ Ebenda, S.505, Rn. 68. Artikel 9(2) lautet: „If a dispute between the Contracting Parties cannot thus be settled, it shall upon the request of either Contracting Party be submitted to an arbitral tribunal.“

⁶⁸² Ebenda, S. 505, Rn. 71.

⁶⁸³ Ebenda, S. 506, Rn. 72.

⁶⁸⁴ Ebenda, S. 507, Rn. 75.

⁶⁸⁵ Ebenda, S. 507, Rn. 75.

Anschließend merkte das Schiedsgericht an, dass gemeinsames Merkmal beider SGS-Verfahren das Vorhandensein von weitgehenden Regenschirmklauseln gewesen sei.⁶⁸⁶ Verglichen mit ihnen sei der vorliegende Fall jedoch gewissermaßen einfacher, da eine Bankbürgschaft ohne weiteres ein kommerzielles Element des Vertrages bilde.⁶⁸⁷ Die Behauptung des Klägers, dass die Nichtfreigabe von Bankbürgschaften eine Verletzung des Investitionsschutzabkommens darstelle, könne nicht akzeptiert werden. Streitigkeiten über die Freigabe von Bankbürgschaften kämen in nationalen Gerichtsverfahren häufig vor. Die Tatsache, dass eine staatliche Stelle Partei eines Vertrages sein könne, der eine kommerzielle Transaktion zum Gegenstand habe, sei nicht imstande, die kommerzielle Natur der Streitigkeit zu ändern. Die Streitigkeit bleibe also kommerziell wie vertraglich und werde nicht in eine Investition oder in eine Investitionsstreitigkeit transformiert.⁶⁸⁸

Hiernach widmete sich das Schiedsgericht der Funktion der Abschirmungsklausel. Nach der Zitierung beider SGS-Schiedssprüche erklärte das Tribunal, dass in diesem Kontext nicht davon auszugehen sei, dass eine Regenschirmklausel zur Transformation aller vertraglichen Streitigkeiten in Investitionsstreitigkeiten im Sinne des Investitionsschutzabkommens führen könne, es sei denn, dass eine klare Verletzung der in den Investitionsschutzabkommen niedergelegten Rechte und Verpflichtungen vorliege oder eine Verletzung von vertraglichen Rechten derartiger Intensität vorhanden sei, die den BIT-Schutz aktiviere.⁶⁸⁹ Dies sei aber im konkreten Verfahren nicht der Fall. Die Verbindung zwischen Vertrag und Investitionsschutzabkommen sei der fehlende Anknüpfungspunkt, der eine derartige Wirkung verhindere.

Das Tribunal zog danach die Schlussfolgerung, dass das Fehlen eines BIT-Anspruchs und die Tatsache, dass sich alle Ansprüche aus dem Investitionsvertrag ergäben, zu dem Ergebnis führten, dass es unzuständig sei, selbst wenn es eine Investition gäbe.⁶⁹⁰ Hinzu komme, dass ein staatlicher Eingriff in die vertraglichen Rechte der Gesellschaft nicht glaubhaft bewiesen wurde.

Bewertung

Das ICSID-Tribunal im Falle Joy Mining befasste sich in seinem Obiter Dictum zunächst mit der Schiedsfähigkeit von vertraglichen Ansprüchen im allgemeinen. Insbesondere wurde geklärt, dass nur diejenigen „contract claims“ vor einem ICSID-Schiedsgericht geltend

⁶⁸⁶ Ebenda, S. 507, Rn. 77.

⁶⁸⁷ Ebenda, S. 508, Rn. 78.

⁶⁸⁸ Ebenda, S. 508, Rn. 79.

⁶⁸⁹ Ebenda, S. 508, Rn. 81.

⁶⁹⁰ Ebenda, S. 509, Rn. 82.

gemacht werden können, die aus staatlichen hoheitlichen Eingriffen entstanden sind. Mit anderen Worten sind nach Ansicht des vorliegenden Panels nur nichtfiskalische Handlungen imstande, die völkerrechtliche Verantwortlichkeit eines Gaststaates für Vertragsverletzungen auszulösen,⁶⁹¹ ungeachtet dessen, ob die Zuständigkeit eines Tribunals durch Streitschlichtungsvorschriften oder Abschirmungsklauseln zu begründen ist. Aus dieser Abstufung geht hervor, dass der sachliche Anwendungsbereich von Streitbeilegungs- und Regenschirmklauseln aus qualitativer Sicht eingeschränkt wurde. Dies wird deutlicher, wenn man dem vorliegenden Schiedsspruch die Analysen der Aufhebungsentscheidung Vivendi und des Schiedsverfahrens SGS-Philippinen gegenüberstellt, wo ohne irgendeine Unterscheidung alleine das Vorliegen einer sich mit einer Investition zusammenhängenden vertraglichen Streitigkeit in abstracto genügte, um die Zuständigkeit der entsprechenden Panels für „contract claims“ durch eine Streitschlichtungsklausel zu begründen. Ähnliches gilt auch für den Fall Salini. Denn das Panel im Verfahren Joy Mining wies ausdrücklich darauf hin, dass die Tatsache, dass eine staatliche Stelle Partei eines Investitionsvertrages sein könne, was im Falle Salini als die einzige Schranke der Schiedsfähigkeit der vertraglichen Ansprüchen angesehen wurde, nicht imstande sei, die kommerzielle Natur der Streitigkeit zu ändern.

Abgesehen von der qualitativen Abstufung der vertraglichen Ansprüche ist auch ersichtlich, dass im vorhandenen Schiedsverfahren überhaupt keine Auslegung der Streitbeilegungs- und der Regenschirmklausel gemäß den WVK-Regeln stattfand. Im Hinblick auf die Begründung der Zuständigkeit für reine Vertragsverletzungen mittels Streitbeilegungsklauseln folgte das Panel der Rechtsprechung im Verfahren SGS-Pakistan, da es zugleich eine Verletzung materiellrechtlicher Bestimmungen des BIT forderte. Was aber die Wirkung der Abschirmungsklausel anbelangt, lässt sich ohne weiteres entnehmen, dass der vorhandene Schiedsspruch sogar über den Fall SGS-Pakistan hinausging. Der Regenschirmklausel wurde hier jede Wirksamkeit entzogen, da sie nur dann Wirkung entfalten würde, wenn eine eventuelle Vertragsverletzung die Schwelle einer BIT-Verletzung erreichen würde.⁶⁹²

⁶⁹¹ Zu der Unterscheidung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* in der ICSID-Judikatur ausführlich und zugleich gegenüber einer solchen Unterscheidung skeptisch Bjørn Kunoy, *Singing in the Rain-Developments in the Interpretation of Umbrella Clauses*, JWIT Vol. 7 (2006), S. 275 (286-291 sowie 299). Eine derartige Differenzierung im Kontext der Regenschirmklausel befürwortend Wälde (Fn. 146), S. 39 ff. Eine ausführliche Befassung mit dieser Frage im Rahmen der „treaty claims“ bietet der ICSID-Schiedsspruch im Falle *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, 22.04.2005, Rn. 260 ff., abrufbar unter <http://www.worldbank.org/icsid/cases/impregilo-decision.pdf> (zuletzt besucht 13.09.2007). Zu *Impregilo*-Verfahren ausführlich Bernhard Kluttig, *Contract v. Treaty Claims: Die Entscheidung in Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Policy Papers on Transnational Economic Law, No. 15 (June 2005), abrufbar unter http://www2.jura.uni-halle.de/telc/policy_papers.html (zuletzt besucht am 13.09.2007).

⁶⁹² Vgl. etwa Schreuer (Fn. 612), S. 301.

Hinsichtlich der WVK-Auslegungsregeln verstößt dieses Verständnis gegen das teleologische Element, da der Abschirmungsklausel jeder normative Sinn aberkannt wurde.

f) LESI-DIPENTA v. Algeria (Tercier, Faurès, Gaillard), 10.01.2005

Im Verfahren LESI berief sich der Investor auf die in Art. 8(1) des algerisch-italienischen BIT verankerte Streitschlichtungsklausel, welche an „jede Streitigkeit im Zusammenhang mit einer Investition“ anknüpfte, und behauptete, dass diese allgemeine Formulierung die Zuständigkeit des ICSID-Zentrums für Vertragsverletzungen seitens Algerien begründe, zumal diese Vorschrift keine weitere Einschränkung enthalte.⁶⁹³

Nach Ansicht des ICSID-Schiedsgerichts bedeutet die Tatsache, dass der Gaststaat seine Einwilligung schriftlich erklärt habe, nicht, dass eine derartige Einwilligung umfassende Geltung habe und daher seine Zuständigkeit für jede Verletzung, die der Kläger behaupten könnte, begründe. Die Einwilligung sei nur insofern gegeben, als dies das BIT zuerkenne.⁶⁹⁴

Nach dieser Erläuterung stellte das ICSID-Panel auf die Reichweite des Investitionsschutzes gemäß Art. 4(1) des BIT ab, wonach:⁶⁹⁵

„Investments made by nationals or legal persons of one contracting State shall at all times enjoy full protection and security in the territory of the other contracting State, excluding any unreasonable or discriminatory measure that would impair, in law or in fact, their management, maintenance, use, enjoyment, transformation, or disposal, with the exception of measures necessary to maintain public order.“

Hiernach stellte das Tribunal fest, die Einwilligung von Algerien sei nicht in einer umfassenden Weise für alle Ansprüche und Tätigkeiten, die mit einer Investition zusammenhängen, abgegeben worden. Die ergriffenen Maßnahmen müssten einer Verletzung des BIT gleichstehen, d. h. im konkreten Falle, dass sie „unjustified or discriminatory in fact or in law“ sein müssten. Dies sei nicht notwendigerweise bei jeder Vertragsverletzung der Fall.⁶⁹⁶

Diese Auslegung, so setzte das ICSID-Panel im Falle LESI seine Argumentation fort, sei a contrario durch den Wortlaut anderer BITs bestätigt. Manche Investitionsschutzabkommen enthielten sogenannte Regenschirmklauseln, deren Wirkung darin bestehe, die Verletzungen

⁶⁹³ Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA v. Algeria, Award, Rn. 23(iv), abrufbar unter http://www.worldbank.org/icsid/cases/lesi_award_en.pdf [englische inoffizielle Übersetzung] (zuletzt besucht am 13.09.2007).

⁶⁹⁴ Ebenda, Rn. 25.

⁶⁹⁵ Ebenda, Rn. 25(i).

⁶⁹⁶ Ebenda, Rn. 25(i).

eines Vertrags durch den Staat in Verletzungen dieser Abkommensbestimmung zu transformieren und dadurch dem auf der Grundlage eines Investitionsschutzabkommens eingerichteten Schiedsgericht die Zuständigkeit für die Prüfung derartiger Vertragsverletzungen zu erteilen.⁶⁹⁷ Eine solche Vorschrift sei im algerisch-italienischen BIT nicht normiert, und dies bestätige a contrario die obige Interpretation des Tribunals.

Bewertung

Im Mittelpunkt des Auslegungsprozesses im ICSID-Schiedsverfahren LESI stand nicht der Wortlaut der abstrakt gefassten Streitbeilegungsklausel, sondern ihr systematischer Zusammenhang mit der die Reichweite des Investitionsschutzes bestimmenden Vorschrift. Durch diese methodologische Herangehensweise kam das Panel zu dem Ergebnis, dass die Streitbeilegungsklausel nicht seine Zuständigkeit für reine Vertragsverletzungen ohne das gleichzeitige Vorliegen einer Abkommensverletzung begründen könne. In diesem Kontext erscheint es notwendig, Parallelen zu den Schiedsverfahren SGS-Philippinen und Vivendi zu ziehen, in denen die Zuständigkeit für reine Vertragsverletzungen aufgrund fast identischer Streitschlichtungsklauseln ohne weiteres akzeptiert wurde. Aus methodologischer Sicht liegt der Grund dieser Widersprüche zunächst einmal darin, dass in den letzten Verfahren in erster Linie dem abstrakten Wortlaut größere Bedeutung bei der Interpretation zukam. Ebenso beachtlich ist ferner die verschiedene Weise, nach der das systematische Element in die Interpretation einbezogen wurde. Denn in den Verfahren Vivendi und SGS-Philippinen wurde die abstrakte Investor-Staat-Streitschlichtungsklausel der auf das BIT abstellenden Staat-Staat-Streitbeilegungsvorschrift gegenübergestellt. Somit bestätigte das Fehlen einer ausdrücklichen Einschränkung des Anwendungsbereiches der Investor-Staat-Streitbeilegungsklausel auf das BIT ihre durch die grammatikalische Auslegung begründete Ausdehnung auf Vertragsverletzungen. Ein derartiges systematisches Vorgehen wurde hingegen im vorliegenden Verfahren zu Gunsten von Art. 4(1) nicht vorgenommen, obwohl dies möglich gewesen wäre.⁶⁹⁸

Der Interpretation der Streitbeilegungsklausel im Lichte der Reichweite der Einwilligung von Algerien folgte ein ergänzender Rückgriff auf das A-contrario-Argument, wonach die Zuständigkeit für reine Vertragsverletzungen durch Abschirmungsklauseln begründet werde, da nur sie die Vertragsverletzungen in Abkommens-, mithin in Völkerrechtsverletzungen, transformierten. Es ist zweifelhaft, ob es angemessen war, eine bereits äußerst widersprüchlich ausgelegte Klausel in der bis dahin extensivsten Weise zu interpretieren,

⁶⁹⁷ Ebenda, Rn. 25(ii).

⁶⁹⁸ Im algerisch-italienischen BIT ist die Staat-Staat-Streitschlichtungsklausel in Art. 9 verankert.

ohne irgendeinen Bezug auf die vergangene ICSID-Rechtsprechung zu nehmen. Dies gilt umso mehr, als die Funktion der Abschirmungsklausel nicht der eigentliche Streitgegenstand war, selbst wenn dieser Vorgang den etwaigen Willen des Panels reflektiert, die aus dogmatischer Sicht neutrale verfahrensrechtliche Natur der Streitschlichtungsvorschrift dem materiellrechtlichen Charakter der Regenschirmklausel gegenüberzustellen.⁶⁹⁹ Diese Unterscheidung aufzuzeigen war dem ICSID-Tribunal im Falle SGS-Philippinen nicht gelungen.

g) Noble Ventures v. Romania (Böckstiegel, Lever, Dupuy), 12.10.2005

Auf dem SGS-Philippinen-Schiedsspruch fußend behauptete der Kläger, dass der Wortlaut von Art. II(2)(c) des U.S.-rumänischen BIT, wonach „each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments“, dahingehend auszulegen sei, dass Verletzungen vertraglicher Verpflichtungen mittels dieser Regenschirmklausel eine Verletzung des BIT darstellten. Unter Verweis auf das SGS-Pakistan-Urteil vertrat der Beklagte seinerseits die Ansicht, Artikel II(2)(c) hebe Vertragsverletzungen nicht auf die Ebene des BIT. Das Tribunal hatte darüber zu entscheiden, ob Art. II(2)(c) die vertraglichen in völkerrechtliche Verpflichtungen transformiere und ob infolgedessen ein Verstoß gegen das BIT vorliege, wenn eine vertraglich mit dem Kläger vereinbarte Verpflichtung verletzt werde.

Unter Berücksichtigung der die Interpretation von Abschirmungsklauseln unmittelbar betreffenden ICSID-Judikatur und insbesondere beider SGS-Schiedsverfahren stellte das Panel fest, dass es Unterschiede zwischen dem Wortlaut der vorliegenden Regenschirmklausel und den Abschirmungsklauseln anderer Schiedsverfahren gebe. Das Schiedsgericht führte infolgedessen aus, Artikel II(2)(c) sei zunächst gemäß Art. 31 WVK ff. zu interpretieren, die Völkergewohnheitsrecht reflektieren, ohne Rücksicht auf die anderen

⁶⁹⁹ Etwa zehn Monate nach dem Erlass des LESI-Schiedsspruches wies in der Literatur der von Algerien ernannte Schiedsrichter Emmanuel Gaillard, der überdies in beiden SGS-Schiedsverfahren als Anwalt des Investors auftrat, darauf hin, dass: „Presumably, the dispute resolution clause that is contained in those treaties is meant to create a neutral, international forum for the investors in the event of an alleged violation of those standards. Absent specific language to the contrary, it may seem odd to interpret a treaty as creating a jurisdictional basis for a treaty-based tribunal in cases where it is not called upon to rule on alleged violations of that treaty. [...] This tension does not arise when the investment treaty under consideration contains an observance of undertakings clause. [...] Because it creates a treaty standard, an observance of undertakings clause may—at the same time as embodying a substantive obligation—provide a basis for the jurisdiction of a treaty-based tribunal. This reasoning was adopted by the *LESI-Dipenta* tribunal, which laid emphasis on the absence of an observance of undertakings provision in the treaty under consideration that would establish its jurisdiction.“, in: Gaillard (Fn. 147), S. 3.

Schiedsverfahren. Hinzu komme, dass es auf den Effektivitätsgrundsatz abzustellen habe, der eine besondere Rolle spiele.⁷⁰⁰

Was die grammatikalische Auslegung anbelangt, stellte das Schiedsgericht fest, dass der Ausdruck „shall“ Verpflichtungen betreffe, welche über das BIT hinausgingen. Da neben den BITs oftmals Investitionsverträge abgeschlossen würden, sei ferner der Wortlaut, insbesondere der Ausdruck „obligations“, als ein klarer Verweis auf diese Verträge anzusehen. Letztlich bezog sich die Formulierung „entered into“ auf spezifische und nicht allgemeine Verpflichtungen wie z. B. legislative Maßnahmen.⁷⁰¹ Infolgedessen stellte das Panel fest, Art. II(2)c wäre gehaltlos, wenn er sich nicht auf Investitionsverträge beziehe.

Die interpretatorische Methode nach „Ziel und Zweck“ bestätigte nach Ansicht des Panels eine solche Auslegung. Aus teleologischer Perspektive trug es also vor, dass es nicht zulässig sei, obgleich es bezüglich der BITs oftmals geschehe, BIT-Klauseln ausschließlich zu Gunsten des Investors auszulegen. Allerdings sei im vorliegenden Fall eine derartige Interpretation gerechtfertigt. Da jede andere Auslegung Art. II(2)(c) seiner praktischen Bedeutung beraube, müsse auch auf den Grundsatz der Effektivität, den auch andere Tribunale bzw. das SGS-Philippinen-Schiedsgericht angewandt hatten, Bezug genommen werden. In diesem Zusammenhang führte das entscheidende Tribunal aus:⁷⁰²

„[A] clause that is readily capable of being interpreted in this way and which would otherwise be deprived of practical applicability is naturally to be understood as protecting investors also with regard to contracts with the host State generally in so far as the contract was entered into with regard to an investment.“

Die Funktion der Regenschirmklausel bestand nach Auffassung des Tribunals hauptsächlich darin, innerstaatliche Verpflichtungen in unmittelbar gerichtlich verfolgbare internationale Verpflichtungen zu transformieren.⁷⁰³ In diesem Kontext berief sich das Tribunal auf den in Art. 3 der ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit niedergelegten Grundsatz, wie er im Verfahren Vivendi zum Ausdruck kam. Es fügte aber hinzu, dass dieser Grundsatz keinen zwingenden Charakter habe.⁷⁰⁴ Die BIT-Parteien könnten nämlich einvernehmlich eine Ausnahme von ihm vereinbaren. Dies könne durch die Einführung einer Bestimmung in ein Investitionsschutzabkommen geschehen, nach der im Interesse der Erreichung des Zieles und

⁷⁰⁰ Noble Ventures, Inc. v. Romania, Award, Rn. 50, abrufbar unter <http://ita.law.uvic.ca/documents/Noble.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

⁷⁰¹ Ebenda, Rn. 51

⁷⁰² Ebenda, Rn. 52.

⁷⁰³ Ebenda, Rn. 53.

⁷⁰⁴ Ebenda, Rn. 54.

des Zweckes des Abkommens der Gaststaat für Verletzungen seiner vertraglichen Verpflichtungen gegenüber einem Investor der anderen BIT-Partei völkerrechtliche Verantwortung übernehme. Dadurch werde eine Vertragsverletzung „internationalisiert“, also einer Völkerrechtsverletzung gleichgesetzt. Dementsprechend stelle die Einführung einer Regenschirmklausel eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz der Unterscheidung zwischen innerstaatlichen und völkerrechtlichen Verpflichtungen dar.⁷⁰⁵ Demzufolge könne die Bezeichnung einer Bestimmung als Regenschirmklausel, wie bei jeder Ausnahme zu den allgemeinen Rechtsregeln, nur durch eine restriktive Auslegung und im Einklang mit den in Art. 31 WVK anerkannten völkergewohnheitsrechtlichen Regeln erfolgen.⁷⁰⁶

Dem Rückgriff auf den Grundsatz „Regel-Ausnahme“, der ein Interpretationshilfsmittel i.S.v. Art. 32 WVK darstellt, folgte die Befassung des Tribunals mit der vergangenen ICSID-Rechtsprechung und insbesondere mit den Verfahren SGS-Pakistan und SGS-Philippinen.⁷⁰⁷

Seiner Ansicht nach ließen sich die unterschiedlichen Positionen der verschiedenen ICSID-Panels durch die jeweils variierten Formulierungen der Abschirmungsklausel rechtfertigen. Darauf basierend begründete es seine Schlussfolgerung für den konkreten Fall dadurch, dass der Wortlaut von Art. II(2)c weiter und klarer als der des Verfahrens SGS-Philippinen sei.⁷⁰⁸

Im Hinblick auf die Frage, ob die Regenschirmklausel jede („any“) Verletzung vertraglicher Verpflichtungen, wie sie nach dem innerstaatlichen Recht bestimmt wird, mit einer Verletzung des BIT gleichstelle, nahm das ICSID-Schiedsgericht im Verfahren Noble Ventures aufgrund des vorhandenen Sachverhaltes nicht abschließend Stellung.⁷⁰⁹

Wegen der Einführung von Art. II(2)c in das BIT kam letztlich das Schiedsgericht zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen den Investitionsvertrag einen Verstoß gegen das BIT darstelle.⁷¹⁰

Der Beklagte machte letztendlich geltend, dass aufgrund des fiskalischen Charakters des staatlichen Handelns die Vertragsverletzungen nicht der Rumänischen Republik zuzurechnen seien.⁷¹¹ Das Panel entgegnete, dass die Unterscheidung zwischen hoheitlichem und fiskalischem Handeln eine wichtige Rolle im Rahmen der staatlichen Immunität im gerichtlichen Erkenntnisverfahren spiele. Es sei allerdings im Kontext der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit schwierig zu verstehen, weshalb definitionsgemäß kommerzielle Staatstätigkeiten, sogenannte *acta iure gestionis*, nicht zurechenbar seien, während hoheitliche

⁷⁰⁵ Ebenda, Rn. 55.

⁷⁰⁶ Ebenda, Rn. 55.

⁷⁰⁷ Ebenda, Rn. 56-59.

⁷⁰⁸ Ebenda, Rn. 60.

⁷⁰⁹ Ebenda, Rn. 61.

⁷¹⁰ Ebenda, Rn. 62.

⁷¹¹ Ebenda, Rn. 67.

Staatstätigkeiten, sogenannte *acta iure imperii*, zurechenbar sein sollten.⁷¹² Der ILC-Artikelentwurf zur Staatenverantwortlichkeit von 2001 enthalte weder eine derartige Unterscheidung noch befürworte er sie. Abgesehen davon, dass es keinen Grund dafür gebe, kommerzielle Handlungen nicht als zurechenbar anzusehen, sei es schwierig zu bestimmen, ob eine spezifische Handlung hoheitlich sei. In diesem Zusammenhang setzte das Schiedsgericht seine Ausführung wie folgt fort:⁷¹³

„There is a widespread consensus in international law, as in particular expressed in the discussions in the ILC regarding attribution, that there is no common understanding in international law of what constitutes a governmental or public act. Otherwise there would not be a need for specified rules such as those enunciated by the ILC in its Draft Articles, according to which, in principle, a certain factual link between the State and the actor is required in order to attribute to the State acts of that actor.“

Ohne die Natur der staatlichen Handlungen zu berücksichtigen, wurden die Vertragsverletzungen „for the purposes of Art. II(2)(c)“ dem Beklagten zugerechnet, da die entsprechenden Verträge in seinem Namen abgeschlossen worden waren.⁷¹⁴

Bewertung

Im ICSID-Schiedsverfahren *Noble Ventures* beruhte der Auslegungsprozess i.S.v. Art. 31(1) WVK auf dem grammatikalischen und auf dem teleologischen Element. Eindeutig ist, dass die systematische Auslegung, deren Einbeziehung in den Interpretationsprozess die oben genannte „allgemeine Auslegungsregel“ erfordert, nicht berücksichtigt wurde. Die teleologische Auslegung war ihrerseits durch den Rückgriff auf die Effektivitätsmaxime gekennzeichnet. Somit kam das Schiedsgericht zu der Formulierung der Vermutung, wonach im Zweifel die Auslegung zu Gunsten des Investors erfolgen müsse, und zwar ungeachtet dessen, dass es selbst kurz zuvor eine derartige Herangehensweise als unzulässig bezeichnet hatte. Der Auslegungsvorgang leidet außerdem an einer weiteren inneren Spannung. Denn obwohl das Panel hiernach die Abschirmungsklausel als eine eng auszulegende Vorschrift charakterisierte, kam es im Ergebnis zu deren bis dahin weitester Auslegung nicht nur theoretisch, wie dies im Verfahren *LESI* der Fall war, sondern vielmehr zur konkreten Falllösung. Im Ergebnis wurde also dem Transformationseffekt der Regenschirmklausel volle

⁷¹² Ebenda, Rn. 82.

⁷¹³ Ebenda, Rn. 82.

⁷¹⁴ Ebenda, Rn. 86.

Wirksamkeit gemäß der im Schrifttum herrschenden Ansicht verschaffen.⁷¹⁵ Ihr Schutzbereich wurde darüber hinausgehend dadurch erweitert, dass im Gegensatz zu dem Schiedsspruch Joy Mining die Unterscheidung zwischen hoheitlichen und kommerziellen Handlungen ausdrücklich als unerheblich betrachtet wurde.⁷¹⁶ Mit anderen Worten wurde im vorhandenen Fall die „elevator“-Auswirkung der Abschirmungsklausel beinahe schrankenlos verstanden, selbst wenn das Schiedsgericht selbst nicht abschließend Stellung zu der „Transformierbarkeit“ jedweder Verletzung vertraglicher Verpflichtungen nahm.

Im Hinblick auf die Unterscheidung des konkreten Schiedsspruches von der vergangenen ICSID-Judikatur und insbesondere von beiden SGS-Schiedssprüchen wurde im vorliegenden Verfahren ausschließlich auf den Wortlaut der jeweiligen Abschirmungsklauseln abgestellt. Allerdings lautete die fragliche Regenschirmklausel in dem vom vorliegenden Tribunal überhaupt nicht berücksichtigten Fall Joy Mining, wo die Regenschirmklausel nicht als normativ verstanden wurde, genauso wie die hier behandelte.⁷¹⁷ Überblickt man ferner die in beiden SGS-Schiedssprüchen vorgenommenen Interpretationen, dann zeigt sich, dass nicht der Wortlaut alleine, sondern in erster Linie die jeweils zugrundeliegende Vermutung der herrschende Auslegungsfaktor war, d. h. der souveränitätsfreundliche Ansatz einerseits und die investorfrendliche Maxime andererseits.

h) El Paso v. Argentina (Caflisch, Stern, Bernardini), 27.04.2006 und Pan American v. Argentina (Caflisch, Stern, van den Berg), 27.07.2006

In beiden Verfahren hatten die ICSID-Panels jeweils darüber zu entscheiden, ob Art. II(2)(c) des U.S.-argentinischen BIT, wonach „each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments“, eine Regenschirmklausel ist, deren Effekt darin besteht, alle vertraglichen Verpflichtungen automatisch in völkerrechtliche zu transformieren, so dass der geringste Verstoß gegen eine solche Verpflichtung in einen Verstoß gegen das BIT verwandelt wird.

Ausgangsbasis der Analyse beider Tribunale war eine Kritik gegen die bis dahin durch internationale Schiedsgerichte angewandten Interpretationsansätze.⁷¹⁸ In diesem Kontext

⁷¹⁵ Siehe oben: Dritter Teil, II, C, 1, Fn. 621.

⁷¹⁶ Dazu ausführlicher Kunoy (Fn. 691), S. 289-291.

⁷¹⁷ Der dritte Absatz von Art. 2(2) des zwischen dem Vereinigten Königreich und Ägypten vereinbarten BIT lautet: „Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party.“

⁷¹⁸ El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, Rn. 68-69, abrufbar unter <http://ita.law.uvic.ca/documents/elpaso-jurisdiction27april2006.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007)/Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic and BP America Production Co. and Others v. Argentine Republic, Decision on Preliminary Objections, Rn. 97-98, abrufbar unter <http://ita.law.uvic.ca/documents/PanAmericanBPJurisdiction-eng.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

wiesen die ICSID Tribunale in den Verfahren El Paso und Pan American sowohl auf die im Falle SGS-Philippinen formulierte Ansicht, wonach BITs zu Gunsten des Investors auszulegen seien, als auch auf die im Rahmen des NAFTA-Schiedsverfahrens Methanex durch die Vereinigten Staaten von Amerika vertretene Auffassung, dass im Fall von Ungewissheiten die BITs zu Gunsten der souveränen Staaten zu interpretieren seien, hin. Im Gegensatz zu den obigen Interpretationsansätzen plädierten die ICSID-Schiedsgerichte in den Verfahren El Paso und Pan American für eine ausgewogene Auslegung, welche:⁷¹⁹

„tak[es] into account both state sovereignty and the State’s responsibility to create an adapted and evolutionary framework for the development of economic activities, and the necessity to protect foreign investment and its continuing flow.“

Im Hinblick auf die Funktion der Regenschirmklausel erkannten beide Panels im voraus an, dass durch die ICSID-Tribunale widersprüchliche Schiedssprüche erlassen worden seien, und zwar mit der Begründung, dass die fraglichen Klauseln unterschiedlich formuliert seien. Diesbezüglich äußerten sie mit kritischem Ton:⁷²⁰

„This Tribunal is not convinced that the clauses analysed so far really should receive different interpretations.“

Im Anschluss hieran kamen sie zu einer Würdigung der bis dahin die Wirkung der Regenschirmklauseln betreffenden ICSID-Rechtsprechung.

Die Begründung wie die Argumentation des Panels im Falle SGS-Pakistan wurden jeweils als überzeugend und mehr als schlüssig charakterisiert.⁷²¹ Betont wurde in diesem Kontext, dass das Tribunal im Verfahren SGS-Pakistan nicht ausgeschlossen hatte, dass eine Regenschirmklausel die geringste Vertrags- in eine BIT-Verletzung transformieren könne. Es forderte aber eine diesbezüglich klare und überzeugende Festlegung.

Danach stützten sich beide Panels auf den Philippinen-Schiedsspruch, der die Ablehnung des „mirror“-Effekts seitens des Panels im Verfahren SGS-Pakistan sowie dessen ganze Argumentation stark kritisiert habe.⁷²² In diesem Zusammenhang hoben beide Schiedsgerichte hervor, die durch das ICSID-Tribunal im Verfahren SGS-Philippinen vorgenommene Interpretation habe nicht nur die weitgehenden Konsequenzen der Regenschirmklausel bestritten, sondern mache das ganze BIT völlig sinnlos. Wenn diese Auslegung zu befolgen

⁷¹⁹ Ebenda, El Paso: Rn. 70/Pan American: Rn. 99.

⁷²⁰ Ebenda, El Paso: Rn. 70/Pan American: Rn. 99.

⁷²¹ Ebenda, El Paso: Rn. 71 und 74/Pan American: Rn. 100 und 103.

⁷²² Ebenda, El Paso: Rn. 75-76/Pan American: Rn. 104-105.

sei, wonach die Verletzung „jeder rechtlichen Verpflichtung“ des Gaststaates, mithin nicht nur jeder vertraglichen Verpflichtung in Bezug auf eine Investition, einen Verstoß gegen das BIT darstelle unabhängig von der Quelle der Verpflichtung oder der Schwere der Verletzung, würde es ausreichen, in jedem BIT nur eine sogenannte „Regenschirmklausel“ zusammen mit einer Streitbeilegungsklausel ohne andere Artikel, die Standards zum Schutze der Investition festlegen, einzuführen. Falls jede Verletzung irgendeiner rechtlichen Verpflichtung des Staates ipso facto ein Verstoß gegen das BIT sei, dann brauche ferner die Verletzung nicht die Schwelle der hohen Standards der BITs, wie z. B. „gerechte und billige Behandlung“, zu erreichen. Abschließend schilderten beide Schiedsgerichte die interne Widersprüchlichkeit der Schlussfolgerungen des Panels im Verfahren SGS-Philippinen inter alia wie folgt:⁷²³

„[T]he Tribunal stated that, although the umbrella clause transforms the contract claims into treaty claims, first “it does not convert the issue of the *extent* or *content* of such obligations into an issue of international law” (Decision, § 128, original emphasis), which means that the “contract claims/treaty claims” should be assessed according to the national law of the contract and not the treaty standards and, second, that the umbrella clause does not “override specific and exclusive dispute settlement arrangements made in the investment contract itself” (Decision, § 134), which explains that the Tribunal has suspended its proceedings until the “contract claims/treaty claims would be decided by the national courts in accordance with the dispute settlement provisions of the contract”, stating that “the Tribunal should not exercise its jurisdiction over a contractual claim when the parties have already agreed on how such a claim is to be resolved, and have done so exclusively” (Decision, § 155). In other words, the Tribunal asserts that a treaty claim should not be analysed according to treaty standards, which seems quite strange, and that it has jurisdiction over the contract claims/treaty claims, but at the same time that it does not really have such jurisdiction – until the contract claims are decided.“

Im Hinblick auf den Schiedsspruch Noble Ventures, der auch der Argumentationslinie der SGS-Philippinen-Entscheidung gefolgt ist, kritisierten beide Tribunale, dass die entsprechende Regenschirmklausel weit ausgelegt worden sei, obwohl das Panel im Verfahren Noble Ventures zuvor die These vertreten habe, dass die Meistbegünstigungsklausel als Ausnahme vom Grundsatz, wonach eine Verletzung eines Vertrages an sich nicht direkt zur völkerrechtlichen Verantwortlichkeit eines Staates führt, restriktiv zu interpretieren sei. Hinsichtlich der durch die Regenschirmklausel bewirkten „Internationalisierung“ der Vertragsverletzungen wurde darüber hinaus angemerkt:⁷²⁴

⁷²³ Ebenda, El Paso: Rn. 76/Pan American: Rn. 105.

⁷²⁴ Ebenda, El Paso: Rn. 77/Pan American: Rn. 106.

„Again, the problem faced by such reasoning [...] is that, by necessary implication, *all municipal law commitments* must necessarily be as well “*internationalised*”, as the so-called umbrella clause does not differentiate among obligations; it refers to *any* obligation and not specifically to *contractual* obligations, the consequence being that the division between the national legal order and the international legal order is completely blurred.“

Unter Berücksichtigung des Verfahrens Joy Mining wiesen hiernach beide Schiedsgerichte auf das Bedürfnis der Unterscheidung zwischen hoheitlichem und kommerziellem staatlichen Handeln hin. Die ausländischen Investoren seien durch die internationale Schiedsgerichtsbarkeit vor dem souveränen Staat zu schützen.⁷²⁵ Dies bestätige auch der Wortlaut von Art. 24(1)a des U.S.-amerikanischen Mustervertrages von 2004. Diese Unterscheidung erfolgte in beiden Fällen über die Interpretation der Regenschirmklausel jeweils in systematischem Zusammenhang mit der in Art. VII(1) des U.S.-argentinischen BIT verankerten Streitbeilegungsklausel, welche die Reichweite der in den Anwendungsbereich des BIT fallenden „Investitionsstreitigkeiten“ bestimmt. Hierzu gehören die Streitigkeiten, die sich aus einem Investitionsvertrag ergeben oder auf ihn beziehen, soweit das Gastland als souveräner Staat ihn vereinbarte.⁷²⁶ Daraus folge nach Ansicht der Tribunale, dass die Regenschirmklausel nicht den Anwendungsbereich des BIT auf Verletzungen eines durch den Staat oder eine staatliche Stelle abgeschlossenen normalen Handelsvertrags ausweite, sondern:⁷²⁷

„will cover additional investment protections contractually agreed by the State as a sovereign inserted in an investment agreement.“

Unter Verweis auf die vergangene ICSID-Rechtsprechung einschließlich des SGS-Pakistan-Urteils, welche in den Worten der ICSID-Panels in den Schiedsverfahren El Paso und Pan American als „important precedents“ bezeichnet wurden, und auf die etwaigen Konsequenzen einer weiten Interpretation der Regenschirmklausel sind beide Schiedsgerichte zu folgendem Ergebnis gekommen:⁷²⁸ „Eine Regenschirmklausel kann nicht jeden Vertragsanspruch in

⁷²⁵ Ebenda, El Paso: Rn. 79-80/Pan American: Rn. 108.

⁷²⁶ Art. VII(1) des U.S.-argentinischen BIT lautet:

„[A]n investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to (a) an investment agreement between that Party and such national or company; (b) an investment authorization granted by that Party's foreign investment authority (if any such authorization exists) to such national or company; or (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment.“

⁷²⁷ Ebenda, El Paso: Rn. 81/Pan American: Rn. 109 (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁷²⁸ Ebenda, El Paso: Rn. 82/Pan American: Rn. 110.

einen Abkommensanspruch transformieren, da dies zwangsläufig implizieren würde, dass jede investitionsbezogene Verpflichtung des Staates, sogar die geringste, in einen Abkommensanspruch umgewandelt werden würde.“ Es sei nämlich besonders eindeutig, dass diese Regenschirmklausel nicht die Zuständigkeit des Tribunals auf jede Art von Vertragsverletzungen ausdehne, wenn sie einer Verletzung von BIT-Standards nicht gleichkämen.⁷²⁹ Hinzu komme, dass auch die Regenschirmklausel von Art. II die Verletzungen eines Investitionsvertrages zwischen Argentinien und einem U.S.-amerikanischen Investor als BIT-Ansprüche qualifiziere, wenn sie im Zusammenhang mit Art. VII(1) gelesen werde.

Jeweils in den Randnummern 110 und 82 ihrer Schiedssprüche hatten aber bereits beide Schiedsgerichte hinsichtlich der Berufung der Investoren auf die Regenschirmklausel in rhetorischer sowie selbstkritischer Weise folgendes festgestellt:⁷³⁰

„It is the firm conviction of this Tribunal that the investors will not use appropriate restraint – and why should they?—if the ICSID tribunals offer them unexpected remedies. The responsibility for showing appropriate restraint rests rather in the hands of the ICSID tribunals.“

Bewertung

Den Interpretationsansatz beider ICSID-Schiedsgerichte bildete weder eine investor- noch eine souveränitätsfreundliche Maxime, sondern das Erfordernis einer ausgewogenen Interpretation, welche sowohl die Souveränität der Staaten als auch ihre Verantwortung, investitionsfördernde Bedingungen zu schaffen und die ausländischen Investitionen zu schützen, zu berücksichtigen hat. Mit anderen Worten kamen die Tribunale zu der Anwendung des objektiven Ansatzes i.S.v. Art. 31(1) WVK,⁷³¹ welcher der neutralen rechtsökonomischen Zielsetzung des ICSID-Systems angepasst wurde.⁷³² In erster Linie auf dem Schiedsspruch Joy Mining basierend billigten sie ferner das Bedürfnis der Unterscheidung zwischen hoheitlichem und kommerziellem staatlichem Handeln. Insbesondere erfolgte diese Unterscheidung in beiden Fällen über die systematische Auslegung der Abschirmungsklausel, welche überdies in identischer Weise mit der des Verfahrens Noble Ventures formuliert worden war, im Lichte der die Reichweite des

⁷²⁹ Ebenda, El Paso: Rn. 84-85/Pan American: Rn. 112-113.

⁷³⁰ Ebenda, El Paso: Rn. 82/Pan American: Rn. 110.

⁷³¹ Vgl. auch David Foster, Umbrella Clauses – A Retreat from the Philippines, International Arbitration Law Review Vol. 9 (2006), S. 100 (104).

⁷³² Zu der Zielsetzung des ICSID-Systems siehe oben: Erster Teil, III, C. Vgl. auch Ex. Dir. Rep., Rn. 13(1): „While the broad objective of the Convention is to encourage a larger flow of private international investment, the provisions of the Convention maintain a careful balance between the interests of investors and those of host States.“ (Hervorgehoben vom Verfasser).

Terminus „Investitionsstreitigkeit“ definierenden Streitbeilegungsvorschrift, welche Verletzungen des Investitionsvertrages durch hoheitliches Handeln des Gaststaates in ihrem Anwendungsbereich einschloss. Diese systematische Interpretationsmethode ähnelt gewissermaßen der im Verfahren LESI verfolgten, wonach die Streitschlichtungsklausel im Zusammenhang mit der die Reichweite des Investitionsschutzes auf internationaler Ebene bestimmenden Vorschrift ausgelegt wurde. Denn trotz der verschiedenen Streitgegenstände wurde im Ergebnis in allen drei Schiedssprüchen die Zuständigkeit der ICSID-Schiedsgerichte innerhalb des völkerrechtlichen Rahmens eingehalten.

Durch die systematische Auslegung wurde der Abschirmungsklausel in beiden vorhandenen Verfahren eine gegenüber der klaren Streitbeilegungsklausel subsidiäre und ergänzende Funktion zuerkannt. Sie sollte daher ausschließlich vor Verletzungen eines Investitionsvertrages durch ihren Transformationseffekt sichern, sofern der Investitionsvertrag mit dem Gaststaat als Hoheitsträger vereinbart wurde. Zugleich wurde die Begründung der Zuständigkeit der Panels für jedwede rein vertragliche Ansprüche mittels der Abschirmungsklausel ausgeschlossen, falls sie nicht die Schwelle der Verletzung von BIT-Standards erreichten.

Was das Verhältnis der vorliegenden Schiedssprüche zu der vergangenen ICSID-Judikatur betrifft, erkannten beide Tribunale im voraus an, dass widersprüchliche Urteile erlassen worden waren, deren Gegensätzlichkeit die geringen Unterschiede im Wortlaut der entsprechenden Regenschirmklauseln nicht rechtfertigen konnten, und versuchten mittels einer kritischen Würdigung der einander entgegenstehenden Urteile die Entwicklung der ICSID-Judikatur zu stabilisieren. Es ist offensichtlich, dass diese Herangehensweise durch die Panels eher an einen Berufungsprozess erinnert. Obwohl aber beide Tribunale die Interpretationsansätze der Schiedssprüche SGS-Philippinen und Noble Ventures ausdrücklich ablehnten und die darauf basierenden Schlussfolgerungen heftig kritisierten, entging der souveränitätsfreundliche Ansatz „in dubio mitius“ des Verfahrens SGS-Pakistan ihrer Aufmerksamkeit. Der Kernpunkt beider Schiedssprüche findet sich jedoch jeweils in den Randnummern 82 und 110, wo die zwei ICSID-Schiedsgerichte selbst die anderen ICSID-Panels auffordern, ihre Verantwortung für eine objektive und ausgewogene sowie nicht nur die Position des Investors begünstigende ICSID-Rechtsprechung ernst zu nehmen. Und genau diese außergewöhnliche außerrechtliche Stellungnahme sowie die Tatsache, dass beide in zeitlichem Abstand von drei Monaten voneinander gefällten Schiedssprüche in identischer Weise verfasst wurden, zeigen, dass deren Homogenität nicht auf die gleichlautenden Abschirmungsklauseln oder auf die gleiche Argumentation der Streitparteien, sondern auf

deren zu zwei Dritteln identische Zusammensetzung zurückzuführen ist, zumal weder der Wortlaut der Regenschirmklausel noch die vorgetragenen Argumente irgendeinen besonderen Unterschied zu dem Verfahren Noble Ventures aufwiesen.

3. Ergebnis

Die Interpretation von weiten Streitbeilegungsvorschriften und Regenschirmklauseln in den hier behandelten ICSID-Schiedsverfahren demonstriert, dass die ICSID-Rechtsprechung durch tiefgreifende Dissonanzen geprägt ist.

Im Hinblick auf die Auslegung der Streitbeilegungsklauseln beruhte ein Teil der Judikatur grundsätzlich auf deren abstraktem Wortlaut, und infolgedessen wurde die Zuständigkeit der jeweiligen Panels für reine Vertragsverletzungen bejaht. (Salini/Vivendi/SGS-Philippinen). Als ergänzendes Auslegungsmittel wurden in dieser Rechtsprechungslinie systematische und komparative Aspekte herangezogen. Insbesondere wurde die Staat-Investor-Streitbeilegungsklausel der fast ausnahmslos engeren bzw. der sich auf Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung des jeweiligen BIT bezogenen Staat-Staat-Streitschlichtungsvorschrift gegenübergestellt sowie mit der genau so eng formulierten Streitbeilegungsklausel des NAFTA-Abkommens verglichen (Vivendi/SGS-Philippinen). Dadurch wurde das aus der grammatikalischen Interpretation resultierende Ergebnis bestätigt. Die entgegengesetzte Entwicklungslinie sah den Wortlaut als nicht genügend aufschlussreich an. Auf dem Erfordernis der Erfüllung strenger grammatikalischer Anforderungen basierend (SGS-Pakistan) oder mittels der systematischen Auslegung der Streitbeilegungsklausel im Lichte der in dem BIT enthaltenen materiellen Standards (LESI) wurde die Zuständigkeit der ICSID-Panels für reine Vertragsverletzungen verneint. In all diesen Fällen wurde die Zuständigkeit der ICSID-Panels für vertragliche Ansprüche von einer parallelen völkerrechtlichen Verletzung abhängig gemacht. Dies bedeutet, dass der zu erfüllende Standard höher gesetzt wurde. Einen Sonderfall in dieser Rechtsprechungskette stellte das Obiter Dictum des ICSID-Schiedsgerichts im Falle Joy Mining dar, wonach eine noch anspruchsvollere Bedingung für die Geltendmachung von „contract claims“ vor internationalen Schiedsgerichte festgelegt wurde, indem das Vorhandensein eines hoheitlichen Eingriffs in den Investitionsvertrag als weitere Voraussetzung hinzugefügt wurde.

Abgesehen von dem Verfahren Joy Mining und dem Schiedsspruch SGS-Philippinen, der den Fall SGS-Pakistan als sein „Alter Ego“ behandelte und sich in allen Punkten von ihm unterschied und der genau entgegengesetzten Richtung durch die Einhaltung der umfassenden

rechtlichen Operation von Art. 31 WVK folgte, wurde in den Schiedssprüchen Vivendi, SGS-Pakistan sowie LESI der jeweils vergangenen ICSID-Judikatur zur Frage der Zuständigkeit von ICSID-Panels für reine Vertragsverletzungen durch Streitschlichtungsklauseln keine Aufmerksamkeit geschenkt.⁷³³

Bezüglich der Auslegung der Abschirmungsklauseln durch die ICSID-Schiedsgerichte ist eine Vielfalt von Auslegungsansätzen identifizierbar, auf denen jeweils ein bestimmter Auslegungsprozess aufgebaut wurde.

Eine Entwicklungskette der ICSID-Judikatur wandte eine investorfremdliche Maxime an, wonach Ungewissheiten zu Gunsten des Investors auszulegen waren (SGS-Philippinen/Noble Ventures). In diesen Fällen standen im Mittelpunkt des Auslegungsprozesses der Effektivitätsgrundsatz sowie der Verzicht auf die Berücksichtigung des systematischen Auslegungselementes i.S.v. Art. 31 WVK, nämlich der Verortung der Abschirmungsklausel innerhalb des jeweiligen BIT. Infolgedessen wurde die Reichweite der Regenschirmklausel grundsätzlich dahingehend verstanden, dass sie einfache Verstöße gegen den Investitionsvertrag decke. Ein etwaiges Erfordernis der Unterscheidung zwischen staatlichem hoheitlichem und privatem Handeln wurde ferner entweder nicht berücksichtigt (SGS-Philippinen) oder ausdrücklich abgelehnt (Noble Ventures). Während allerdings das Tribunal im Falle Noble Ventures der Abschirmungsklausel eine vollkommene „elevator“-Wirkung zusprach, betrachtete das ICSID-Panel im Falle SGS-Philippinen das Ausmaß der verletzten bindenden Verpflichtungen als durch das nationale Recht geregelt.

Gegenüber dem investorfremdlichen Ansatz stand die durch das SGS-Pakistan zur Anwendung gekommene souveränitätsfreundliche Maxime „in dubio mitius“, wonach Ungewissheiten zu Gunsten der staatlichen Freiheit zu interpretieren waren. Dieser Schiedsspruch ist durch den Verzicht der Einbeziehung des teleologischen Elementes in den Auslegungsprozess sowie durch die Leitung der Auslegung von den eventuellen Konsequenzen der Anerkennung der Transformationswirkung gekennzeichnet. Demnach wurde die „elevator“-Funktion der Regenschirmklausel als eine Ausnahme angesehen, welche strengen Anforderungen an den Wortlaut unterlag.

Eine dritte Variation bildete der neutrale Auslegungsansatz, der das Gleichgewicht zwischen der staatlichen Souveränität und der Verantwortung des Gaststaates, investitionsfördernde Bedingungen zu schaffen und die ausländischen Investitionen zu schützen, aufrechtzuerhalten bezweckt (El Paso/Pan American). In dieser Rechtsprechungslinie bildete den Interpretationsleitfaden die neutrale rechtsökonomische Zielsetzung des ICSID-Systems. Als

⁷³³ Vgl. auch Jörn Griebel, Die Einbeziehung von „contract claims“ in internationale Investitionsstreitigkeiten über Streitbeilegungsklauseln in Investitionsschutzabkommen, SchiedsVZ (2006), S. 306 (307).

tragendes Auslegungselement wurde hier der systematische Zusammenhang der Regenschirmklausel mit der präzisen Streitschlichtungsvorschrift angesehen. Demzufolge wurde zwar die Transformationsfunktion der Abschirmungsklausel anerkannt, aber sie unterlag zwei bestimmten Schranken. Ihr Anwendungsbereich bezog sich ausschließlich auf Verletzungen des Investitionsvertrages, soweit ein solcher mit dem Gaststaat als Hoheitsträger abgeschlossen wurde.

Die letzte Station der ICSID-Judikatur betrifft zwei Schiedsverfahren, in denen keine herkömmliche Interpretation anhand der völkerrechtlichen Auslegungsregeln stattfand. Ihre Ausführungen könnten eher als ein Beitrag zu dem dogmatischen Verständnis der Funktion der Regenschirmklausel angesehen werden. Einerseits handelt es sich um das das Bedürfnis nach einem hoheitlichen Eingriff in den Investitionsvertrag betonende Obiter Dictum des Schiedsgerichts im Verfahren Joy Mining, dessen ausschließliches Abstellen auf das Erfordernis einer Verbindung zwischen „state contract“ und Investitionsschutzabkommen, also einer parallelen Verletzung vertraglicher und völkerrechtsvertraglicher Rechte, der Regenschirmklausel jede normative Bedeutung entzog. Andererseits vertrat etwa vier Monate später das ICSID-Panel im Falle LESI mit seinem A-contrario-Argument die genau entgegengesetzte These, indem es der Regenschirmklausel in einem theoretischen Kontext eine schrankenlose Transformationswirkung zuerkannte.

Nach alldem illustrieren das Ausmaß der entgegengesetzten Interpretationsansätze in der hier behandelten ICSID-Rechtsprechung, die Behandlung des Schiedsspruches SGS-Pakistan durch das darauf reagierende Panel im Verfahren SGS-Philippinen, die scharfe Kritik der Panels in den Fällen El Paso und Pan American gegenüber den Schiedsgerichtsentscheidungen Noble Ventures und SGS-Philippinen und vor allem ihre Aufforderung an die ICSID-Panels, ihre Entscheidungen ausgeglichener zu treffen, inwiefern die hier behandelte Judikatur durch die Ideologie der für jeden Einzelfall neu zusammengesetzten ICSID-Panels beeinflusst wurde.

D. Höhe der Enteignungsentschädigung und Abgrenzung zwischen staatlicher Regulierung und indirekter Enteignung

1. Einführung

Nach geltendem allgemeinen Völkerrecht ist die Eigentumsentziehung an sich nicht verboten, sondern sie unterliegt bestimmten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen. Ein Staat kann somit ausländisches Eigentum bzw. Investitionen dann in rechtmäßiger Weise enteignen, wenn die Eigentumsentziehung im öffentlichen Interesse, in nicht diskriminierender Weise und gegen

Entschädigung erfolgt. Falls die Eigentumsentziehung, unabhängig von der Unterlassung der Zahlung von Entschädigung, diskriminierend oder nicht im öffentlichen Interesse durchgeführt wird, begeht der Gaststaat eine völkerrechtswidrige Handlung, und daher wird die Enteignung als völkerrechtswidrig bezeichnet.⁷³⁴ Die dadurch ausgelöste völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Gaststaates hat seine Verpflichtung zur Folge, volle Wiedergutmachung für den verursachten Schaden leisten zu müssen.⁷³⁵ Da sich aber die Restitution im Sinne der Wiederherstellung des vor der Durchführung der rechtswidrigen Handlung bzw. Enteignung in der Regel als unpraktisch oder unmöglich erweist,⁷³⁶ wird der Gaststaat zur Leistung umfassenden Schadensersatzes verpflichtet.⁷³⁷ Dies ist z. B. nicht nur der Fall, wenn die Eigentumsentziehung gegen ein zwischenstaatliches Investitionsschutzabkommen verstößt, sondern auch bei Verletzungen eines „internationalisierten“ Konzessionsvertrages zwischen dem Gaststaat und dem ausländischen Investor.⁷³⁸ Der qualitative Unterschied zwischen rechtswidriger und rechtmäßiger Enteignung liegt letzten Endes darin, dass die erstgenannte als Rechtsfolge nicht die Leistung von Entschädigung, sondern von Schadensersatz wegen völkerrechtswidrigen Handelns hat. In praktischer Hinsicht heißt dies, dass bei einer rechtswidrigen Enteignung der Gaststaat neben dem unmittelbar entstandenen Schaden („damnum emergens“) auch den entgangenen Gewinn („lucrum cessans“) zu kompensieren hat.⁷³⁹ Idealtypisch muss somit der Gaststaat bei einer völkerrechtswidrigen Enteignung eine höhere Summe zahlen als bei einer völkerrechtsgemäßen.⁷⁴⁰ Allerdings werden in der völkerrechtlichen Judikatur und im Schrifttum die Stichhaltigkeit der Unterscheidung zwischen rechtmäßiger und rechtswidriger Enteignung sowie die Miteinbeziehung des entgangenen Gewinns im Falle der letzteren, also zwei Themen, deren Geburtsdatum das Urteil des Ständigen Internationalen Gerichtshofes aus dem Jahre 1928 im Falle Chorzów bildet,⁷⁴¹ gelegentlich in Frage gestellt.⁷⁴² Wichtiger ist

⁷³⁴ Herdegen (Fn. 23), S. 205, Rn. 9; Brownlie (Fn. 615), S. 514.

⁷³⁵ Art. 31 ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit.

⁷³⁶ Art. 35 ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit. Vgl. auch Ignaz Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, 3rd Ed., Kluwer Law International, The Hague (u.a.), 1999, S. 135.

⁷³⁷ Art. 36 ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit.

⁷³⁸ Herdegen (Fn. 23), S. 205, Rn. 9.

⁷³⁹ Brownlie (Fn. 615), S. 515.

⁷⁴⁰ Vgl. C. T. Amerasinghe, *Issues of Compensation for the Taking of Alien Property in the Light of Recent Cases and Practice*, ICLQ Vol. 41 (1992), S. 22 (38).

⁷⁴¹ *Case Concerning the Factory at Chorzów, (Germany v. Polish Republic)*, Judgment, 23.09.1928, PCIJ Reports, Series A, No. 17 Bd. 3 (1928), S. 1 (47): „This limitation [that the compensation due to the German Government is not necessary limited to the value of the undertaking at the moment of dispossession, plus interest to the day of payment] would only be admissible if the Polish Government had had the right to expropriate, and if its wrongful act consisted merely in not having paid to the two Companies the just price of what was expropriated. [...] The essential principle contained in the actual notion of an illegal act – a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals – is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation

aber, dass die Festsetzung des Schadensersatzes bei rechtswidrigen Enteignungen nicht selten auf der Basis des Entschädigungsstandards für rechtmäßige Enteignungen erfolgt oder dabei zu der Höhe dieses Standards Stellung genommen wird.⁷⁴³

Der Enteignungsentschädigungsstandard gehört zu den neben dem Gewaltverbot am meisten erörterten Fragen des Völkerrechts.⁷⁴⁴ Eine erhebliche Anzahl westlicher Autoren sowie die überwiegende Mehrheit der Industrieländer vertreten die Auffassung, dass die Entschädigungshöhe durch die sogenannte Hull-Formel geregelt werden müsse.⁷⁴⁵ Die Hull-Formel geht auf den U.S.-amerikanischen Außenminister Cordell Hull zurück, der 1938 in einer Postnote an Mexiko „prompt“, d. h. sofort zu zahlende, „adequate“, d. h. dem fairen Marktwert bzw. dem vollen Wert des entzogenen Vermögensgegenstandes entsprechende, und „effective“, d. h. in frei transferierbarer und konvertierbarer Währung zu leistende, Entschädigung für die Enteignung von U.S.-amerikanischen Ländereien und Ölrechten verlangte, welche im Rahmen der mexikanischen Agrarreform stattfand.⁷⁴⁶ Der Standard der vollen Entschädigung, wie ihn die Hull-Formel reflektiert, bildete nach der herrschenden völkerrechtlichen Lehre wie der richterlichen und schiedsgerichtlichen Praxis das bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges geltende Völkerrecht.⁷⁴⁷ Diese Auffassung ist jedoch auf den heftigen Widerstand der sozialistischen Staaten und der Entwicklungsländer sowohl im Rahmen als auch nach dem Ende des Entkolonialisierungsprozesses gestoßen. Der Protest der Dritten Welt gegen die noch über ihre natürlichen Schätze herrschenden ehemaligen Kolonialmächte und ihr Anspruch auf wirtschaftliche Befreiung ist durch Resolutionen der Generalversammlung der Vereinten Nationen in den sechziger und siebziger Jahren zum

which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it – such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law.“ (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁷⁴² Mit weiteren Nachweisen auf entsprechende völkerrechtliche Rechtsprechung und Literatur Irmgard Marboe, *Compensation and Damages in International Law*, JWIT Vol. 7 (2006), S. 723 (727), Fn. 23; Jan Paulsson, *Ghosts of Chorzów: Maha Nuñez-Schultz v. Republic of the Americas*, in: Weiler (Fn. 447), S. 777 (786 ff.); Jan Paulson, *Indirect Expropriation: Is the Right to Regulate at Risk?*, TDM Vol. 3 (April 2006), S. 1 (10-12). Gegenüber der Kombination „damnum emergens“/„lucrum cessans“ aus rechtsökonomischer Perspektive skeptisch Thomas Wälde/Borzu Sabahi, *Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law*, Papier der ILA Committee on International Law of Foreign Investment, abrufbar unter <http://www.ila-hq.org/pdf/Foreign%20Investment/Walde%20and%20Sabahi%20Compensation%20&%20Damages.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007), S. 17-18.

⁷⁴³ Vgl. etwa Marboe, ebenda, S. 728.

⁷⁴⁴ Reisman/Sloan (Fn. 131), S. 135. Vgl. z. B. die Debatte zwischen Oscar Schachter, *Compensation for Expropriation*, AJIL Vol. 78 (1984), S. 121 ff. und M. H. Mendelson, *Compensation for Expropriation: The Case Law*, AJIL Vol. 79 (1985), S. 414 ff.

⁷⁴⁵ Dazu mit weiteren Nachweisen Martin Schäfer, *Der Entschädigungsstandard im allgemeinen Völkerrecht*, RIW (1998), S. 199 (201).

⁷⁴⁶ Abgedruckt in: AJIL (Official Documents) Vol. 32 (1938), S. 191 (193); Gloria (Fn. 28), S. 762, Rn. 18.

⁷⁴⁷ Rudolf Dolzer, *New Foundations of the Law of Indirect Expropriation*, AJIL Vol. 75 (1981), S. 553 (559).

Ausdruck gekommen, wo die Entwicklungsländer die überwiegende Mehrheit besaßen und besitzen.⁷⁴⁸

Eine besondere Stellung innerhalb dieser Resolutionskette genießt zunächst einmal die als Kompromissformel mit 87 gegen 2 Stimmen bei 12 Enthaltungen angenommene Resolution 1803 (XVII) „Erklärung über die ständige Souveränität über natürliche Ressourcen“ vom 14.12.1962, deren Artikel 4 von einer „angemessenen“ („appropriate“) Entschädigung sowohl nach dem nationalen Recht des enteignenden Staates als auch nach dem Völkerrecht spricht.⁷⁴⁹ Diese Formulierung enthält einen flexiblen Standard, wonach die zu zahlende Enteignungsentschädigung die Höhe der Hull-Formel erreichen kann; sie muss es aber nicht, wenn eine Abweichung unter Berücksichtigung besonderer Umstände gerechtfertigt wird.⁷⁵⁰ Die entscheidende Wende erfolgte im Jahre 1973 mit der Resolution 3171 (XXVII), nach deren drittem Absatz der Nationalisierungsstaat berechtigt wird, die Höhe einer möglichen („possible“) Entschädigung selbst zu bestimmen.⁷⁵¹ Im Gegensatz zu der Resolution 1803 (XVII) wird hier weder ein Bezug auf das Völkerrecht genommen, noch besteht eine diesbezügliche Entschädigungspflicht. Den Höhepunkt der Auseinandersetzung zwischen Entwicklungsländern und sozialistischen Staaten zum einen und Industrieländern zum anderen spiegelt letzten Endes die am 12.12.1974 in einer Kampfabstimmung durch die Resolution 3281 (XXIX) verabschiedete „Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten“ wider.⁷⁵² Die nach Artikel 2(c) dieser Resolution zu zahlende Enteignungsentschädigung wird als „angemessen“ („appropriate“) bezeichnet, deren Höhe nach dem nationalen Recht des enteignenden Staates und unter Berücksichtigung aller von

⁷⁴⁸ Dazu ausführlich Christoph Schreuer, Paradigmenwechsel im Internationalen Investitionsrecht, in: Waldemar Hummer (Hrsg.), Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahretausendwende, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2002, S. 237 (238 f.); Martin Schäfer Entschädigungsstandard und Unternehmensbewertung bei Enteignungen im allgemeinen Völkerrecht, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1997, S. 61 ff.

⁷⁴⁹ Abgedruckt in: AJIL Vol. 57 (1963), S. 710 ff. Dazu Tomuschat (Fn. 239), S. 185, Rn. 28.

⁷⁵⁰ Tomuschat (Fn. 239), S. 187-188, Rn. 32; Rudolf Dolzer, Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht, Springer Verlag, Heidelberg (u.a.), 1985, S. 22-23; Gloria (Fn. 28), S. 763, Rn. 21; Sornarajah (Fn. 17), S. 480; Verdross/Simma (Fn. 238), S. 813, Rn. 1222; Georges Abi-Saab, in: Mohammed Bedjaoui (Ed.), International Law: Achievements and Prospects, Martinus Nijhoff, Dordrecht (u.a.), 1991, S. 613, Rn. 8; Ignaz Seidl-Hohenveldern, Modernes Völkerrecht und der Schutz ausländischen Eigentums, in: Herbert Miehsler/Erhard Mock (Hrsg.) (u.a.), Ius Humanitatis - Festschrift zum 90. Geburtstag von Alfred Verdross -, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, S. 653 (656-657); Richard Falk, The New States and International Legal Order, RdC Vol. 118 (1968), S. 1 (29).

⁷⁵¹ Dazu Dolzer, ebenda, S. 28.

⁷⁵² Angenommen mit 120 Stimmen gegen 6 (Belgien, Dänemark, Bundesrepublik Deutschland, Luxemburg, Vereinigtes Königreich und Vereinigte Staaten von Amerika) mit 10 Stimmenthaltungen (Österreich, Kanada, Frankreich, Irland, Israel, Italien, Japan, Niederlande, Norwegen und Spanien), abgedruckt in: YBUN Vol. 28 (1974), S. 403 ff. Zur Entstehung der GV-Res. 3281 (XXIX) ausführlich Christian Tomuschat, Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten - Zur Gestaltungskraft von Deklarationen der UN-Generalversammlung, ZaöRV Bd. 36 (1976), S. 444 (444-453) und insbesondere S. 449, wo die Charta deshalb als „ein Fehlschlag“ charakterisiert wird, weil ihr „durch den Widerstand der Industriestaaten des Westens die allgemeine Anerkennung versagt geblieben“ war.

ihm für wesentlich erachteten Umstände zu bestimmen ist. Genau wie bei der Resolution 3171(XXVII) wurde nochmals die Frage der Enteignungsentschädigung als eine innere Angelegenheit hingestellt, welche dem Ermessen des Enteignungsstaates unterliegt.

Tatsache ist, dass die „nach außen“ gerichteten Resolutionen der Generalversammlung keinen verbindlichen Charakter haben, sondern bloße Empfehlungen darstellen.⁷⁵³ An sich können sie daher keine normative Geltung beanspruchen. Im völkerrechtlichen Schrifttum und in der gerichtlichen Praxis wurde ferner ein Einfluss der zwei letztgenannten Resolutionen auf das allgemeine Völkerrecht abgeleugnet.⁷⁵⁴ Abgesehen von der Resolution 1803 (XVII) haben zudem die wichtigsten Industrieländer sowohl in den separaten Abstimmungen über die Entschädigungsvorschriften als auch über diese Resolutionen als Ganzes sich entweder enthalten oder gegen sie gestimmt.⁷⁵⁵ Allerdings hatte aus wirtschaftspolitischer Sicht der bis dahin herrschende Standard der vollen Entschädigung durch alle drei Resolutionen einen Frontalangriff erlitten, und die Hull-Formel hat etwas von ihrer vorher unbestrittenen Autorität verloren.⁷⁵⁶ Neben der Tatsache, dass die bilateralen Investitionsschutzabkommen bezwecken, die Investitionen zu schützen und durch die Schaffung eines stabilen rechtlichen Rahmens Kapitalflüsse in die jeweiligen Vertragsstaaten und vor allem in die Entwicklungsländer zu steigern, muss auch vor dem genannten wirtschaftspolitischen Hintergrund die Aufnahme von Entschädigungsstandards in die BITs im Sinne der Hull-Formel betrachtet werden.⁷⁵⁷ Wie bereits angemerkt, orientiert sich die Höhe des in der überwiegenden Mehrheit der Investitionsschutzabkommen niedergelegten Standards der „prompt, adequate and effective“ Entschädigung am Marktwert der entzogenen Vermögensgegenstände. Somit sieht Art. 13 des kanadischen Mustervertrages von 2004 vor, dass:

1. „Neither Party shall nationalize or expropriate a covered investment [...] except for a public purpose, in accordance with due process of law, in a non-discriminatory manner and on prompt, adequate and effective compensation.

⁷⁵³ Volker Epping, in: Ipsen (Fn. 28), S. 484, Rn. 47. Dazu ausführlich Kai Hailbronner/Eckard Klein, Article 10, in: Bruno Simma (Ed.) (u.a.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2nd Ed., Oxford University Press, Oxford, 2002, S. 267 ff.

⁷⁵⁴ Mit weiteren Nachweisen Schäfer (Fn. 748), S. 65, Fn. 250.

⁷⁵⁵ Schäfer (Fn. 748), S. 65.

⁷⁵⁶ Sornarajah (Fn. 17), S. 212: „The rules on investment protection became considerably diffuse in the post-colonial era as a result of the developing states' concerted attacks on rules contended for by developing states. [...] The norm of prompt, adequate and effective compensation in the event of the expropriation of foreign property [...] was threatened by a competing notion of appropriate compensation.“ Vgl. auch Hailbronner/Klein (Fn. 753), S. 273, Rn. 60-61 sowie S. 268, Rn. 41 i.V.m. Dolzer (Fn. 747), S. 564-565.

⁷⁵⁷ Schäfer (Fn. 748), S. 72 ff.; Sornarajah (Fn. 17), S. 211 ff.

2. Such compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place (“date of expropriation”) [.]
3. Compensation shall be paid without delay and shall be fully realizable and freely transferable. Compensation shall be payable in a freely convertible currency and shall include interest at a commercially reasonable rate for that currency from the date of expropriation until date of payment.“

An dieser Stelle sollte man hervorheben, dass aus theoretischer Sicht zwischen dem Entschädigungsstandard und der Eigentumsbewertung („valuation“) differenziert werden muss. Denn der letztgenannte Terminus beschreibt den Prozess der Ermittlung des Wertes („value“) des entzogenen Eigentums zum Zwecke der Anwendung des Entschädigungsstandards.⁷⁵⁸ Es handelt sich nämlich um ein objektives und separates Verfahren, dass durch die Verwendung bestimmter Bewertungsmethoden wie z. B. die Buchwertmethode, die Ersatzwertmethode oder die sogenannte Discounted-Cash-Flow-Methode durchgeführt wird,⁷⁵⁹ nachdem der Entschädigungsstandard festgestellt worden ist.⁷⁶⁰

Entschädigungspflichtig ist nicht nur der formale Transfer des Eigentumstitels des Investors auf den Gaststaat oder auf einen Dritten, also eine direkte Enteignung, vielmehr kann eine entschädigungspflichtige Enteignung auch darin liegen, dass die Eigentumsnutzung rechtlich oder faktisch durch eine oder mehrere Einzelhandlungen oder Unterlassungen des Gaststaates beeinträchtigt wird.⁷⁶¹ Solche Entziehungen werden oftmals als De-facto- oder schleichende Enteignungen bezeichnet. In den Investitionsschutzabkommen ist wiederum die Rede von staatlichen Maßnahmen enteignungsgleicher Wirkung oder von indirekter Enteignung.⁷⁶² So heißt es in Art. 1110(1) des NAFTA-Abkommens:

„No Party shall directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment[.]“

⁷⁵⁸ Elihu Lauterpacht, *International Law and Private Foreign Investment*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 4 (1997), S. 259 (267).

⁷⁵⁹ Zu den jeweiligen Bewertungsmethoden im allgemeinen und zugleich die jeweils durch die ICSID-Panels bis zum Jahre 1990 angewandten Methoden analysierend Paul Friedland/Eleanor Wong, *Measuring Damages for Deprivation of Income-Producing Assets: ICSID Case Studies*, *ICSID Review/FILJ* Vol. 6 (1991), S. 400 (405 ff.).

⁷⁶⁰ Westberg (Fn. 244), S. 15.

⁷⁶¹ Dolzer (Fn. 25), S. 483, Rn. 43; Herdegen (Fn. 23), S. 203, Rn. 4.

⁷⁶² Vgl. Dolzer/Stevens (Fn. 120), S. 100.

Freilich kann eine so abstrakte Positivierung des Schutzes vor enteignungsgleichen Maßnahmen in den Vertragstexten der BITs keinen signifikanten Beitrag zu der Klärung der praktischen Bedeutung der indirekten Enteignung leisten,⁷⁶³ zumal Fragen des öffentlichen Interesses wie die des Umwelt- und des Denkmalschutzes, der Besteuerung sowie des Schutzes der öffentlichen Gesundheit der Regierungsgewalt eines jeden Staates unterliegen und die Nutzung oder die Rentabilität einer Investition gewissermaßen beeinträchtigen können.⁷⁶⁴ Mit anderen Worten können bei De-facto-Enteignungen Konflikte zwischen der staatlichen Regulierungsgewalt und dem Investitionsschutz entstehen. Es ist also erforderlich festzustellen, wann eine staatliche Regulierungsmaßnahme die Schwelle einer entschädigungspflichtigen Enteignung erreicht.

Zu den wichtigsten Rechtsquellen zur Frage der Identifikation einer indirekten Enteignung gehört die Rechtsprechung des iranisch-amerikanischen Schiedsgerichts in den Haag („Iran-U.S. Claims Tribunal“) sowie des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes. Beide Institutionen haben bereits vor der gegen Ende der neunziger Jahre aufgrund der BITs ausgelösten Explosion der ICSID-Judikatur eine feste Rechtsprechung im Hinblick auf indirekte enteignungsbezogene Streitigkeiten zwischen dem Individuum und dem souveränen Staat entwickelt. Von besonderer völkerrechtlicher Relevanz wäre daher zu untersuchen, nach welchen Maßstäben diese gerichtlichen Institutionen die Grenze zwischen indirekter Enteignung und entschädigungslos hinzunehmender Regulierung ziehen.

Die Zuständigkeit des iranisch-amerikanischen Schiedsgerichts für Enteignungsfragen ergibt sich aus Art. II der „Claims Settlement Declaration“, welche Klagen aus „expropriations or other measures affecting property rights“ einschließt.⁷⁶⁵ In seiner Rechtsprechung fokussierte das Tribunal für die Annahme einer indirekten Enteignung fast ausnahmslos ausschließlich auf die Auswirkungen der jeweiligen staatlichen Regelung.⁷⁶⁶ Insbesondere müsse der Eingriff in die Eigentumsrechte von derartiger Intensität sein, dass diese Rechte jede eigentliche Substanz verlieren, und zwar in der Weise, dass die Eigentumsentziehung keinen

⁷⁶³ Vgl. Joe Coe/Noah Rubins, Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions, in: Weiler (Fn. 447), S. 597 (600-601).

⁷⁶⁴ Ausführlich zu Tatbeständen indirekter Enteignungen anhand der völkerrechtlichen Judikatur August Reinisch, Expropriation, Papier der ILA Committee on International Law of Foreign Investment, abrufbar unter <http://www.ila-hq.org/pdf/Foreign%20Investment/ILA%20paper%20Reinisch.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007), S. 38 ff.

⁷⁶⁵ Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran (Claims Settlement Declaration) vom 19.01.1981, abgedruckt in: Iran-U.S.C.T.R. Vol. 1 (1981-1982), S. 9 (9).

⁷⁶⁶ Siehe auch unten Fn. 772.

vorübergehenden Charakter habe. 1983 erklärte also das Tribunal im Falle Starrett Housing.⁷⁶⁷

„[I]t is recognized in international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner.“

Und 1984 führte es im Verfahren Tippetts aus:⁷⁶⁸

„While assumption of control over property by a government does not automatically and immediately justify a conclusion that the property has been taken by the government, thus requiring compensation under international law, such a conclusion is warranted whenever events demonstrate that the owner was deprived of fundamental rights of ownership and it appears that this deprivation is not merely ephemeral.“

Des weiteren spielt das angestrebte Ziel der staatlichen Maßnahmen keine besondere Rolle für die Identifizierung einer indirekten Enteignung. So ging das iranisch-amerikanische Tribunal im letztgenannten Verfahren auch davon aus, dass:⁷⁶⁹

„The intent of the government is less important than the effects of the measures on the owner, and the form of the measures of control or interference is less important than the reality of their impact.“

Insbesondere stellte das Schiedsgericht im Falle Phelps Dodge aus dem Jahre 1986 folgendes klar:⁷⁷⁰

„[T]he Tribunal understands the financial, economic and social reasons concerns that inspired the law pursuant to which it acted [the Respondent], but those reasons and concerns cannot relieve the Respondent of the obligation to compensate Phelps Dodge for its loss.“

In kategorischer Weise wies 1989 das iranisch-amerikanische Tribunal im Falle Phillips Petroleum darauf hin:⁷⁷¹

⁷⁶⁷ Starrett Housing Corporation (u.a.) v. Iran, Award, 19.12.1983, Iran-U.S.C.T.R. Vol. 4 (1983), S. 122 (154) (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁷⁶⁸ Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. Iran (u.a.), Award, 22.06.1984, Iran-U.S.C.T.R. Vol. 6 (1984), S. 219 (225) (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁷⁶⁹ Ebenda, S. 226.

⁷⁷⁰ Phelps Dodge (u.a.) v. Iran, Award, 19.06.1986, Iran-U.S.C.T.R. Vol. 10 (1986), S. 121 (130).

⁷⁷¹ Phillips Petroleum Company Iran v. Iran (u.a.), Award, 29.06.1989, Iran-U.S.C.T.R. Vol. 21 (1989), S. 79 (115).

„[T]he Tribunal need not determine the intent of the government of Iran;“

Das ausschließliche Abstellen des iranisch-amerikanischen Tribunals auf die Auswirkungen der jeweiligen staatlichen Maßnahme, ohne die Absicht oder das sozialökonomische Umfeld der Regelung mitzuberücksichtigen, reflektiert die sogenannte „Sole-Effect-Doktrin“,⁷⁷² deren Entstehung auf den Schiedsspruch des Ständigen Schiedshofes aus dem Jahre 1922 im Falle Norwegian Shipowners zurückgeht.⁷⁷³

Die Zuständigkeit des EMRGH für formelle und faktische Eigentumsentziehungen ergibt sich aus Art. 1(2) des ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention. Demnach ist eine Enteignung dann gestattet, wenn dies das öffentliche Interesse verlangt, und nur unter den durch Gesetz und durch die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechtes vorgesehenen Bedingungen. Der EMRGH erfordert in seiner Rechtsprechung genau wie das Iran-U.S. Claims Tribunal einen besonders schweren Eingriff in die Eigentumsrechte des Individuums. 1982, etwa ein Jahr vor dem Urteil Starrett Housing, entschied seinerseits der EMRGH im Falle Sporrong und Lönnroth, dass keine indirekte Enteignung vorliege, wenn das Eigentumsrecht durch die Wirkung der in Frage befindlichen Maßnahmen nicht beseitigt werde.⁷⁷⁴ Etwas plastischer wird der Charakter des Eingriffs in das Eigentum im Falle Matos e Silva aus dem Jahre 1996 beschrieben, wo der EMRGH auch das Erfordernis des nicht vorübergehenden Charakters der Eigentumsentziehung betonte:⁷⁷⁵

„In the Court's opinion, there was no formal or de facto expropriation in the present case. The effects of the measures are not such that they can be equated with deprivation of possessions. As

⁷⁷² Rudolf Dolzer, Indirect Expropriations: New Developments?, NYUELJ Vol. 11 (2002), S. 64 (79 ff.). Einen Bruch in dieser Rechtsprechung des iranisch-amerikanischen Tribunals bildet der Fall Sea-Land, Award, 20.06.1984, Iran-U.S.C.T.R. Vol. 6 (1984), S. 149 (166), wo als das entscheidende Element der indirekten Enteignung das Vorliegen eines absichtlichen staatlichen Eingriffes angesehen wurde: „[a] finding of expropriation would require, at the very least, that the Tribunal be satisfied that there was deliberate governmental interference with the conduct of Sea-Land's operation, the effect of which was to deprive Sea-Land of the use and benefit of its investment. Nothing has been demonstrated here which might have amounted to an intentional course of conduct directed against Sea-Land.“ Allerdings wurde dieser Ansicht in keinem nachfolgenden Verfahren gefolgt. Dazu George Aldrich, What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal, AJIL Vol. 88 (1994), S. 585 (603). Mit weiteren Nachweisen auf die Merkmale der indirekten Enteignung in der Judikatur des iranisch-amerikanischen Tribunals im allgemeinen Veijo Heiskanen, The Doctrine of Indirect Expropriation in Light of the Practice of the Iran-United States Claims Tribunal, JWIT Vol. 8 (2007), S. 215 (218 ff.).

⁷⁷³ Norwegian Shipowners' Claims (Norway v. United States), Award, 13.10.1922, RIAA Vol. I, S. 307 (325): „[W]hatever the intentions may have been, the United States took, both in fact and in law, the contracts under which the ships in question were being or were to be constructed.“ Mit näheren Einzelheiten zu weiterer die Anwendung der „Sole-Effect-Doktrin“ auf zwischenstaatliche Streitigkeiten betreffende Judikatur Dolzer (Fn. 772), S. 81-82.

⁷⁷⁴ Sporrong und Lönnroth gegen das Königreich Schweden, Urteil, 23.09.1982, EuGRZ Jg. 10 (1983), S. 523 (525), Rn. 63.

⁷⁷⁵ Matos e Silva Lda., and Others v. Portugal, Judgment, 16.09.1996, Rn. 85, abrufbar unter <http://cmiskp.echr.coe.int/> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

the Delegate of the Commission stated, the position was not irreversible[.] [...] The restrictions on the right to property stemmed from the reduced ability to dispose of the property and from the damage sustained by reason of the fact that expropriation was contemplated. Although the right in question had lost some of its substance, it had not disappeared.“

Allerdings reicht alleine der schwere Eingriff in das Eigentum nicht, um das Vorliegen einer Eigentumsentziehung im Sinne der EMRK zu begründen. Denn der EMRGH hat durch seine Rechtsprechung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als zusätzliche ungeschriebene Rechtfertigungsvoraussetzung eingeführt.⁷⁷⁶ Somit stellte er im Falle *Sporrong und Lönnroth* fest:⁷⁷⁷

„Für die Zwecke dieser Bestimmung [Art. 1(2) ZP I] muß der Gerichtshof prüfen, ob ein gerechtes Gleichgewicht zwischen den Erfordernissen des öffentlichen Interesses der Gemeinschaft und den Anforderungen der Wahrung der Grundrechte des einzelnen aufrechterhalten wurde[.] [...] Das Bestreben, ein derartiges Gleichgewicht sicherzustellen, das der Konvention als Ganzem anhaftet, spiegelt sich auch in der Struktur des Art. 1 wider.“

Etwa vier Jahre später präzisierte er in dem Urteil *James* vom 21.02.1986 die Verhältnismäßigkeitsprüfung wie folgt:⁷⁷⁸

„Eine Enteignungsmaßnahme muß nicht nur in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht dem „öffentlichen Interesse“ dienen, vielmehr muß darüber hinaus ein vernünftiger Verhältnismäßigkeitsmaßstab zwischen den angewandten Mitteln sowie dem verfolgten Zweck eingehalten worden sein[.]“

Abgesehen von dem gemeinsamen Erfordernis eines schwerwiegenden Eingriffes ist es offensichtlich, dass im Vergleich zu dem *Iran-U.S. Claims Tribunal* der EMRGH für die Bejahung einer indirekten Eigentumsentziehung eine darüber hinausgehende Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt, bei der die Zielsetzung der jeweiligen staatlichen Maßnahme mitberücksichtigt wird.

Im Lichte dieses judikativen Umfelds sind die ICSID-Panels seit Ende der neunziger Jahre zu einer Reihe von Schiedssprüchen gekommen, welche die methodologische Herangehensweise für die Unterscheidung zwischen indirekter Enteignung einerseits und einer ohne Zahlung von Entschädigung hinzunehmenden Regulierung andererseits zum Gegenstand haben. Zusammen

⁷⁷⁶ Dazu ausführlich Philipp Mittelberger, Die Rechtsprechung des ständigen Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Eigentumsschutz, EuGRZ Jg. 28 (2001), S. 364 (368 ff.).

⁷⁷⁷ *Sporrong und Lönnroth* (Fn. 766), S. 526, Rn. 69.

⁷⁷⁸ *James* (u.a.) gegen Vereinigtes Königreich, Urteil, 21.02.1986, EuGRZ Jg. 15 (1988), S. 341 (345), Rn. 50.

mit der Frage des Standards der Enteignungsentschädigung soll im folgenden am Beispiel des Umweltschutzes die Homogenität der ICSID-Judikatur im Hinblick auf die letztgenannte Problematik untersucht werden.

2. Fallstudien

a) Benvenuti et Bonfant v. The Government of the People's Republic of the Congo (Trolle, Bystricky, Razafindralambo), 08.08.1980

Gegen Ende 1972 wurde die italienische Gesellschaft Benvenuti et Bonfant (B & B) von der kongolesischen Regierung beauftragt, die Möglichkeiten der Gründung und der Betreibung eines Unternehmens für die Produktion von Mineralwasser-Plastikflaschen zu untersuchen.⁷⁷⁹

Im August 1973 wurde ein Vertrag zur Errichtung einer derartigen Gesellschaft mit dem Namen PLASCO zwischen dem Investor und der Regierung von Kongo unterzeichnet. Zwei Jahre später setzte die Regierung von Kongo durch Dekret einen neuen Verkaufspreis von Mineralwasser-Plastikflaschen fest, der niedriger als der bereits vereinbarte war. B & B erklärte diesbezüglich, dass durch dieses einseitige Vorgehen die Produktionskosten der Flaschen nicht gedeckt würden.⁷⁸⁰ Im November 1975 startete ferner die Regierung eine sogenannte „radicalization policy“. Demnach wurden Regierungsstellen eingerichtet, die sich in die Geschäftsführung der PLASCO-Gesellschaft einmischten.⁷⁸¹ Aufgrund einer Mitteilung der Regierung vom 29.01.1976 ging Herr Bonfant, also der Geschäftsführer der Gesellschaft, davon aus, dass PLASCO ein staatliches Unternehmen geworden sei, und zwar ohne irgendeinen formalen Enteignungsakt.⁷⁸² Auf Anraten der italienischen Botschaft verließen Herr Bonfant und sein Personal das Land, da ihre Sicherheit nicht mehr gewährleistet sei. Kurz danach wurde die Hauptzentrale von PLASCO durch die kongolesische Armee besetzt.⁷⁸³ B & B machte nun geltend, dass ihnen mittels der Mitteilung vom 29.01.1976 und der militärischen Besetzung des Eigentums wie der Räumlichkeiten von PLASCO ihre Aktien in der letztgenannten Gesellschaft de-facto entzogen worden seien.⁷⁸⁴

Da weder der zwischen B & B und der Regierung abgeschlossene Vertrag noch die Vereinbarung zur Gründung der PLASCO-Gesellschaft eine Rechtswahlklausel enthielt, wandte das ICSID-Tribunal gemäß Art. 42(1)S.2 ICSID-Üb. das kongolesische Recht sowie

⁷⁷⁹ Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo, Award, ILM Vol. 21 (1982), S. 740 (748-751).

⁷⁸⁰ Ebenda, S. 750, Rn. 2.19.

⁷⁸¹ Ebenda, S. 750, Rn. 2.20.

⁷⁸² Ebenda, S. 750-751, Rn. 2.22 i.V.m. S. 758, Rn. 4.56.

⁷⁸³ Ebenda, S. 751, Rn. 2.23 i.V.m. S. 758, Rn. 4.56.

⁷⁸⁴ Ebenda, S. 758, Rn. 4.56.

die einschlägigen Regeln des Völkerrechts an.⁷⁸⁵ Zu betonen ist, dass im vorliegenden Falle das Schiedsgericht laut Art. 42(3) ICSID-Üb. durch Vereinbarung der Streitparteien ermächtigt war, ex aequo et bono zu entscheiden.⁷⁸⁶

Das ICSID-Panel führte aus, dass der PLASCO-Gesellschaft in der Tat Aktien entzogen worden seien und die Regierung von Kongo ihr Schadensersatz leisten müsse.⁷⁸⁷ Hinzu komme, dass:⁷⁸⁸

„in its Defense Memorial the Government acknowledged: "the obligation not to proceed to an open or creeping confiscation and, of course, not to nationalize the share of the Italian investor without fair compensation". (p. 5)

4.64. This principle of compensation in the event of nationalization is in accordance with the Congolese Constitution and is one of the generally recognized principles of international law as well as of equity.“

Das Quantum des Schadensersatzes, so das Schiedsgericht, sei anschließend ex aequo et bono zu bestimmen.⁷⁸⁹ Das Tribunal bezeichnete im Ergebnis die zuerkannten Summen als „fair and equitable“ sowie „reasonable and fair“.⁷⁹⁰

Bewertung

Im vorliegenden Verfahren wurde das Tribunal gemäß Art. 42(3) des ICSID-Übereinkommens ermächtigt, seinen Schiedsspruch ex aequo et bono zu fällen. Das heißt zunächst, dass einem gerichtlichen Gremium bzw. einem ICSID-Panel das äußerst weite Ermessen eingeräumt wird, außerhalb des Rechts oder irgendwelcher Rechtsvorschriften zu entscheiden.⁷⁹¹ Eventuell kann dabei ein ICSID-Tribunal nach seiner Einschätzung verschiedene Rechtsvorschriften anwenden oder auch Billigkeitserwägungen in Bezug auf die Anwendung spezifischer Normen („Equity“) berücksichtigen.⁷⁹² Im konkreten Verfahren wurde anhand einer Beurteilung ex aequo et bono das Quantum des zu leistenden Schadensersatzes kalkuliert. Demnach wurde die Höhe der jeweils zuerkannten Summe als „fair“, „equitable“ und „reasonable“ bezeichnet.

⁷⁸⁵ Ebenda, S. 752, Rn. 4.2.

⁷⁸⁶ Ebenda, S. 752, Rn. 4.4.

⁷⁸⁷ Ebenda, S. 758, Rn. 4.62.

⁷⁸⁸ Ebenda, S. 758, Rn. 4.63-4.64 (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁷⁸⁹ Ebenda, S. 758, Rn. 4.65: „Accordingly, the Government must therefore be condemned to pay B and B damages, the amounts of which are going to be determined by the Tribunal ex aequo et bono[.]“

⁷⁹⁰ Ebenda, S. 760, Rn. 4.82, S. 761, Rn. 4.90, S. 762, Rn. 410.

⁷⁹¹ Tomuschat (Fn. 239), S. 346-347, Rn. 59; Verdross/Simma (Fn. 238), S. 422, Rn. 658.

⁷⁹² Christoph Schreuer, Decisions Ex Aequo et Bono Under the ICSID Convention, ICSID Review/FILJ Vol. 11 (1996), S. 37 (44).

Vor der Beurteilung *ex aequo et bono* hatte allerdings das Schiedsgericht auch zu dem Standard der im Falle einer Nationalisierung zu zahlenden Entschädigung Stellung genommen. Insbesondere wurde der Standard „fair compensation“ als mit dem kongolesischen und dem internationalen Recht übereinstimmend angesehen. Aus wörtlicher Sicht handelt es sich weder um eine volle („full“) noch um eine „prompt, adequate and effective“ Entschädigung. Wichtiger ist aber, dass der Standard „fair compensation“ darüber hinausgehend als im Einklang mit der „Equity“, also der Billigkeit betrachtet wurde. Angesichts der Tatsache, dass im Gegensatz zu dem Element *ex aequo et bono* die Billigkeit keinen außerrechtlichen, sondern einen innerrechtlichen Charakter hat,⁷⁹³ wonach durch die Berücksichtigung der besonderen Umständen des Einzelfalles die Härten des positiven Rechtes gemildert werden,⁷⁹⁴ scheint es, dass das Tribunal, abgesehen von dem wörtlichen Unterschied, tatsächlich einen flexiblen Standard als geltendes Völkerrecht betrachtete.

b) *Amco Asia v. Indonesia* (Goldman, Foighel, Rubin), 21.11.1984

Im Jahre 1968 schloss Wisma, eine Gesellschaft des indonesischen Rechts, einen Pacht- und Geschäftsleitungsvertrag mit dem amerikanischen Investor Amco ab.⁷⁹⁵ Demnach hatte Amco den aufgrund wirtschaftlicher Probleme eingestellten Bau eines Hotels in Djakarta fertigzustellen und danach für eine begrenzte Zeit die Geschäftsführung des Hotels zu übernehmen. Für die Durchführung des Vertrages gründete der amerikanische Investor eine Gesellschaft des indonesischen Rechts namens P.T. Amco, nachdem er von der Regierung eine Investitionsgenehmigung erhielt. Da die gegen Ende 1979 zwischen P.T. Amco und P.T. Wisma aufgetretenen Streitigkeiten nicht beseitigt werden konnten, erklärte die indonesische Gesellschaft die Beteiligung von P.T. Amco an dem Vertrag von 1968 für unterbrochen und beauftragte indonesische Militäreinheiten, Kontrolle und Besitz des Hotels ihr zu übergeben. Die Investitionsgenehmigung von P.T. Amco wurde ferner durch die indonesische Regierung zurückgenommen. Hiernach initiierte der Investor 1981 ein ICSID-Schiedsverfahren, das unter anderem die Übernahme der Geschäftsführung, die Zurücknahme der

⁷⁹³ Verdross/Simma (Fn. 238), S. 422, Rn. 658. Siehe auch *North Sea Continental Shelf (Germany v. Netherlands)*, Judgment, 20.02.1969, ICJ Rep. 1969 S. 3 (48), Rn. 88: „[W]hen mention is made of a court dispensing justice or declaring the law, what is meant is that the decision finds its objective justification in considerations lying not outside the but within the rules, and in this field it is precisely a rule of law that calls for the application of equitable principles. There is consequently no question in this case of any decision *ex aequo et bono*, such as would only be possible under the conditions prescribed by Article 38, paragraph 2, of Court's Statue.“

⁷⁹⁴ Heintschel von Heinegg (Fn. 337), S. 248, Rn. 11.

⁷⁹⁵ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ILM Vol. 24 (1985), S. 1022 (1022).

Investitionsgenehmigung, die Verletzung des Investitionsvertrages und die Zahlung von Schadensersatz betraf.⁷⁹⁶

Wegen fehlender Rechtswahl kamen gemäß Art. 42(1)S.2 ICSID-Üb. sowohl das Völkerrecht als auch das indonesische Recht zur Anwendung.⁷⁹⁷ Das Tribunal stellte zunächst fest, dass die militärische Übernahme des Hotels eine der indonesischen Regierung zurechenbare völkerrechtswidrige Handlung darstelle und die völkerrechtliche Verantwortlichkeit von Indonesien mit sich bringe.⁷⁹⁸

Im Hinblick auf die Vertragsverletzung unterstrich das Schiedsgericht, das Recht eines souveränen Staates, Eigentum einschließlich Vertragsrechte zu enteignen oder zu nationalisieren, sei ein grundlegendes Prinzip des innerstaatlichen Rechts wie des Völkerrechts. Dieser Grundsatz sei in Resolutionen der Generalversammlung enthalten und insbesondere in der Resolution 1803 (XVII) vom 14.12.1962 sowie in anderen internationalen gerichtlichen und schiedsgerichtlichen Entscheidungen.⁷⁹⁹ Das Recht auf Nationalisierung setze jedoch voraus, dass der enteignende Staat bezwecke, das öffentliche Interesse zu schützen und zu fördern. Außerdem sei es ohne weiteres im indonesischen Recht und im Völkerrecht anerkannt, dass der enteignende bzw. nationalisierende Staat Entschädigung für das entzogene Eigentum oder für die entzogenen Vertragsrechte zu leisten habe. Wortwörtlich führte das Schiedsgericht aus:⁸⁰⁰

„In addition, it is also clearly admitted in international law, as well as in indonesian [sic] law, that the State which nationalizes has to provide compensation for the property and/or contractual rights thus taken from their owner or holder. In international law, the principle is embodied in the Resolutions and decisions previously mentioned, which set out the principle of the State's right to nationalize. As to indonesian [sic] law, it is consecrated in article 22 of Law n°1/1967, according to which (para.1) "in case of the measures referred to in Article 21, the Government has the obligation to provide compensation, the amount, type and payment-procedure of which shall have been agreed upon by both parties, in accordance with the principles valid in international law"; or, failing such agreement, by international arbitration (para .2 and 3), which likewise would obviously have to take into account the principles of international law.“

Im Ergebnis sprach das Schiedsgericht vollen Schadensersatz in Sinne der Chorzow-Factory-Regel, die als allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz im Sinne von Art. 38(1)c des IGH

⁷⁹⁶ Ebenda, S. 1022.

⁷⁹⁷ Ebenda, S. 1023, Rn. 148.

⁷⁹⁸ Ebenda, S. 1024, Rn. 156 i.V.m. S. 1026, Rn. 172.

⁷⁹⁹ Ebenda, S. 1029, Rn. 188.

⁸⁰⁰ Ebenda, S. 1030, Rn. 188 (Hervorgehoben vom Verfasser).

Statuts angesehen wurde, wegen Verletzung vertraglicher Verpflichtungen seitens der staatlichen Partei zu.⁸⁰¹

Bewertung

Im vorliegenden Verfahren unterstrich zunächst das Tribunal das Recht eines jeden Staates, fremdes Eigentum unter der Bedingung, dass die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Enteignung eingehalten werden, zu nationalisieren. In diesem Kontext wurde bestätigend auf frühere Resolutionen der Generalversammlung und auf völkerrechtliche Judikatur in abstracto verwiesen. Explizit wurde nur die Resolution 1803 (XVII) erwähnt.

Hiernach stellte das Schiedsgericht auf die Frage der Enteignungsentschädigung ab. Offensichtlich ist, dass der jeweilige Standard nicht qualifiziert wurde. Die Rede war bloß von einer Pflicht des enteignenden Staates, Entschädigung („compensation“) zu leisten, und zwar nochmals unter Berufung auf die vorher genannten Resolutionen und die Rechtsprechung. Wie bereits angemerkt, nahm das Tribunal ausschließlich auf die Resolution 1803 (XVII) ausdrücklichen Bezug. Somit kann man implizieren, dass nach Ansicht des Panels bei einer rechtmäßigen Enteignung entweder der enteignende Staat irgendeine Entschädigung zu leisten hat, oder eher dass er eine „appropriate compensation“ im Sinne der letztgenannten Resolution zahlen muss. Freilich wurde auf den maximalistischen Standard der Hull-Formel weder explizit noch implizit hingewiesen.

c) LETCO v. The Government of Republic of Liberia, (Cremades, Goncalves Pareira, Redfern) 31.03.1986

Im Jahre 1970 schloss LETCO, eine französische Gesellschaft, einen Konzessionsvertrag mit Liberia über die Ausnützung von Walderzeugnissen ab.⁸⁰² Neun Jahre später traten zwischen dem ausländischen Investor und der liberianischen Regierung Probleme auf. Nachdem die liberianische Waldbehörde eine Neuverhandlung des Konzessionsvertrages verlangte, teilte sie Ende 1980 LETCO mit, dass ihr Konzessionsgebiet unverzüglich reduziert werde. Den Grund dafür boten nach Ansicht der Regierung mehrfache Verletzungen des Vertrages seitens des ausländischen Investors. 1983 berichtete die LETCO-Gesellschaft der Waldbehörde,⁸⁰³ dass sie alle Konzessionsoperationen suspendiere „because of the fact that [it had] no forest to operate.“ Klagegegenstand des durch die LETCO-Gesellschaft gemäß Art. IX des Konzessionsvertrages eingeleiteten ICSID-Schiedsgerichtsverfahrens war der Erhalt von

⁸⁰¹ Ebenda, S. 1036-1037, Rn. 267-268.

⁸⁰² Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, ILM Vol. 26 (1987), S. 647 (649 und 658-660).

⁸⁰³ Ebenda, S. 660.

Schadensersatz wegen Verletzungen des Konzessionsvertrages. Hervorzuheben ist, dass es sich hier um ein Versäumnisverfahren handelt, da die Regierung von Liberia dabei nicht mitwirkte.⁸⁰⁴

Zunächst einmal bestehe kein Zweifel, so das Panel im Verfahren LETCO, dass das liberianische Recht, welches der Kontrolle des Völkerrechts unterliege, anwendbar sei.⁸⁰⁵ Hiernach erklärte das Tribunal, die Regeln und Grundsätze des liberianischen Rechts stünden im Einklang mit den allgemeinen Völkerrechtsgrundsätzen, welche die Gültigkeit der Verträge und die Rechtsmittel für deren Verletzung regeln. Nach der Feststellung, dass LETCO vertragsgemäß gehandelt hatte, prüfte es in einem Obiter Dictum, ob das Verhalten der Regierung von Liberia eine nach dem liberianischen Recht sowie nach dem Völkerrecht zu rechtfertigende Nationalisierung darstellen könnte.⁸⁰⁶ Dies würde den Erlass einer nicht diskriminierenden legislativen Maßnahme für einen öffentlichen Zweck und die Zahlung (oder zumindest ein Angebot zur Zahlung) angemessener („appropriate“) Entschädigung voraussetzen.⁸⁰⁷ In diesem Zusammenhang verwies das Schiedsgericht auf die Resolution 1803 (XVII) vom 1962, welche „a generally accepted statement of the international law governing acts of nationalization“ enthalte, sowie auf die Schiedsgerichtsentscheidung im Falle Aminoil aus dem Jahre 1982. Hiernach bemerkte es, keine der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen seien im vorliegenden Falle erfüllt. Mit anderen Worten:⁸⁰⁸

„[T]he taking of LETCO's property was not for a bona fide public purpose, was discriminatory and was not accompanied by an offer of appropriate compensation.“

Nachdem das Tribunal Vertragsverletzungen durch die Handlungen der Regierung von Liberia bejahte, sprach es Schadensersatz für Investitionsverluste und entgangener Gewinn zu.⁸⁰⁹

Bewertung

Im vorliegenden Verfahren wies das ICSID-Schiedsgericht ausdrücklich darauf hin, dass im Falle einer völkerrechtsgemäßen Nationalisierung der Standard „appropriate compensation“ im Sinne der Resolution 1803 (XVII) zu leisten sei, der geltendes Völkerrecht widerspiegele.

⁸⁰⁴ Ebenda, S. 654. Dazu Georges Delaume, Introductory Note, United States: District Court for the Southern District of New York Opinion in *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia*, ILM Vol. 26 (1987), S. 695 (695).

⁸⁰⁵ Ebenda, S. 658.

⁸⁰⁶ Ebenda, S. 664.

⁸⁰⁷ Ebenda, S. 665.

⁸⁰⁸ Ebenda, S. 665.

⁸⁰⁹ Ebenda, S. 667-669.

Von besonderer Bedeutung ist aber, dass das Tribunal seine Auffassung anhand eines Verweises auf Rechtsprechung bekräftigte. Denn der im Jahre 1982 außerhalb des ICSID-Schiedsgerichtssystems gefällte Schiedsspruch im Falle Aminoil bezeichnete den Entschädigungsstandard der Resolution 1803 (XVII) nicht nur als eine Kodifizierung positiver Rechtsgrundsätze,⁸¹⁰ sondern bestimmte für die Anwendung,⁸¹¹ dass sie „is better carried out by means of an enquiry into all the circumstances relevant to the particular concrete case.“ Mit anderen Worten, wenn man den Schiedsspruch LETCO mit dem zwei Jahre vor dem Erlass der Entscheidung Aminoil gefällten Schiedsspruch Benvenuti et Bonfant vergleicht, stellt man ohne weiteres fest, dass der Standard der „angemessenen“ Entschädigung den Grundsatz der innerrechtlichen Billigkeit inkorporiert.

d) SPP v. Arab Republic of Egypt (Jimenez de Arechaga, El Mahdi, Pietrowski), 30.05.1992

Im Jahre 1974 schloss der ausländische Investor SPP einen Rahmenvertrag mit dem ägyptischen Unternehmen des öffentlichen Rechts EGOTH ab. Danach übernahmen EGOTH und SPP, eine Joint-Venture-Gesellschaft zu gründen, um Tourismusstätten im Pyramidengebiet in der Nähe von Kairo und in Ras El Hekma an der Mittelmeerküste zu entwickeln.⁸¹² Mitte 1978 erließ das ägyptische Ministerium für Information und Kultur auf Vorschlag der ägyptischen Antiquitätenbehörde ein Dekret, dass das Vorhandensein von Antiquitäten in dem Tätigkeitsbereich von SPP bestätigte. Infolgedessen wurde die Genehmigung zum Bau des Tourismusprojekts zurückgenommen und die Tätigkeitsfläche des Investors zu einem unter Denkmalschutz stehenden Gemeingut erklärt. Die Durchführung des Projekts war somit unmöglich, und die SPP-Gesellschaft leitete ein ICSID-Schiedsverfahren ein, nachdem der bereits im Rahmen der internationalen Handelskammer gefällte Schiedsspruch von der französischen Cour d' Appel von Paris aufgehoben wurde.

Das ICSID-Tribunal merkte zunächst an, die Tatsache, dass sich die Streitparteien implizit auf die Anwendung des ägyptischen Rechts geeinigt haben, könne unter Umständen die unmittelbare Anwendung des Völkerrechtes nicht gänzlich ausschließen und insbesondere dann, wenn sich das nationale, also das ägyptische Recht als lückenhaft oder unvollständig erweise.⁸¹³ Aus völkerrechtlicher Sicht betrachtet sei der Beklagte berechtigt, das Tourismusprojekt für Zwecke des Denkmalschutzes, nämlich für einen öffentlichen Zweck,

⁸¹⁰ Arbitration between Kuwait and the American Independent Oil Co. (AMINOIL), Award, 24.03.1982, ILM Vol. 21 (1982), S. 976 (1032), Rn. 143. Zum Verfahren Aminoil im allgemeinen Ahmed El-Kosheri, Aminoil Arbitration, EPIL Vol. I (1992), S. 144 ff.

⁸¹¹ Ebenda, S. 1033, Rn. 144.

⁸¹² Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ILM Vol. 32 (1993), S. 933 (946-950).

⁸¹³ Ebenda, S. 951, Rn. 80.

zu unterbrechen.⁸¹⁴ Unter Bezugnahme auf das ägyptische und das internationale Recht erklärte ferner das Schiedsgericht:⁸¹⁵

„The obligation to pay fair compensation in the event of expropriation applies equally where antiquities are involved.“

Anschließend befasste sich das Tribunal mit der rechtlichen Natur der durch den Beklagten ergriffenen Maßnahmen. In diesem Zusammenhang hatte der Beklagte geltend gemacht:⁸¹⁶

„[W]hile the contractual rights of the Claimants may have been diminished in their value, they were not expropriated.“

Unter Verweis auf den Zuständigkeitsschiedsspruch vom 27.11.1985 führte diesbezüglich das Panel folgendes aus:⁸¹⁷

„As to the argument that the cancellation of the project did not involve a nationalization or confiscation, it is the Respondent's contention that there was no nationalization because there was no transfer of the Claimants' rights or of the project to the State, and there was no confiscation because there was not a total deprivation of SPP's rights accompanied by an absence of compensation. The Tribunal cannot accept this contention. As the Tribunal observed in its decision of November 27, 1985:

"it is quite clear that expropriation, the legitimacy of which is not being contested, if not accompanied by fair compensation, amounts to a confiscation, which is prohibited by Law No. 43." (para. 69.)“

Überdies:⁸¹⁸

„The Claimants made a substantial investment pursuant to those agreements, and the investment was in effect expropriated as a result of the Respondent's cancellation of the Pyramids Oasis Project.“

Hiernach stellte das Tribunal fest, dass die Unterbrechung des Projekts eine rechtmäßige entschädigungspflichtige indirekte Enteignung darstellte, und konzentrierte sich auf die Frage der Höhe der Entschädigung.⁸¹⁹ In diesem Kontext verwies es auf den Antrag des Klägers, wonach die vorliegende Klage sich nicht auf Vertragsverletzungen stütze; es handele sich um

⁸¹⁴ Ebenda, S. 967, Rn. 158.

⁸¹⁵ Ebenda, S. 967, Rn. 159.

⁸¹⁶ Ebenda, S. 968, Rn. 160.

⁸¹⁷ Ebenda, S. 968, Rn. 163 (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁸¹⁸ Ebenda, S. 970, Rn. 172 (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁸¹⁹ Ebenda, S. 969, Rn. 165 i.V.m. S. 970, Rn. 172 i.V.m. S. 971, Rn. 179.

Entschädigung für Verluste, welche Ägypten durch die Ausübung seiner Hoheitsgewalt ausgelöst habe, wodurch Eigentumsrechte (einschließlich Vertragsrechte der SPP) zerstört worden seien.⁸²⁰ Somit stellte das Panel fest, der Investor verlange Entschädigung für eine rechtmäßige Enteignung und keine Wiedergutmachung für eine Verletzung, die eine rechtswidrige Handlung wie z. B. ein Vertragsverstoß verursacht habe.

Abschließend wies es darauf hin:⁸²¹

„The cardinal point to be borne in mind, then, in determining the appropriate compensation is that, while the contracts could no longer be performed, the Claimants are entitled to receive fair compensation for what was expropriated rather than damages for breach of contract.“

Im Rahmen der Bewertung wurden aus pragmatischer Sicht und ohne Rückgriff auf Billigkeitserwägungen an sich die jeweiligen Umstände des Einzelfalles berücksichtigt.⁸²² Abschließend befasste sich das Schiedsgericht mit den Faktoren, welche nach Ansicht des Beklagten zur Herabsetzung des Schadensersatzes führen sollten.⁸²³ Das Panel beachtete jedoch deshalb keine von diesen Umständen, weil sie fast alle in die Festlegung der als „appropriate“ gekennzeichneten Entschädigung bereits miteinbezogen worden seien.⁸²⁴

Bewertung

Gegenstand des vorliegenden Schiedsverfahrens war eine rechtmäßige, aber indirekte Enteignung zum Zwecke des Denkmalschutzes. Die Feststellung des Vorliegens der indirekten Eigentumsentziehung erfolgte durch die „Sole-Effect-Doktrin“. Denn das Schiedsgericht stellte ausschließlich auf die Auswirkungen der staatlichen Maßnahmen ab, ohne deren Zielsetzung, nämlich den Antiquitätenschutz, zu berücksichtigen. Eine aufschlussreiche Äußerung bezüglich der erforderlichen Intensität des Eingriffs in die Eigentumsrechte findet sich nicht. Allerdings ging das ICSID-Tribunal davon aus, dass der Eingriff nicht die Schwelle einer „total deprivation“ zu erreichen brauche. Nach der konzeptionellen Unterscheidung zwischen rechtmäßiger und rechtswidriger Enteignung sprach letztlich das Schiedsgericht Schadensersatz gemäß dem Standard der „appropriate compensation“ zu.

e) Santa Elena v. Costa Rica (Fortier, Lauterpacht, Weil), 17.02.2000

⁸²⁰ Ebenda, S. 972, Rn. 182.

⁸²¹ Ebenda, S. 972, Rn. 183.

⁸²² Ebenda, S. 973-974, Rn. 189-192, S. 974-975, Rn. 197, S. 976, Rn. 202-203, S. 982-983, Rn. 239-243, wo in ausführlicher Weise auf den Schiedsspruch Aminoil verwiesen wurde.

⁸²³ Ebenda, S. 983, Rn. 245.

⁸²⁴ Ebenda, S. 984, Rn. 248, 250, 251, 252, 253.

Der Investor Santa Elena, dessen Mehrheitsaktionäre die U.S.-amerikanische Staatsangehörigkeit besitzen, erwarb 1970 Grundstücke in Costa Rica, um darauf eine Tourismusanlage zu errichten. 1978 wurde das Eigentum von Santa Elena durch ein Dekret der costaricanischen Regierung zum Zwecke des Natur- und Umweltschutzes enteignet. Das Recht des Beklagten auf Enteignung wurde im vorliegenden Fall nicht bestritten.⁸²⁵ Kernfrage dieses Verfahrens war die Kalkulierung der Gesamtsumme der zu zahlenden Enteignungsentschädigung und insbesondere die Bestimmung des Zeitpunktes der Eigentumsentziehung nach völkerrechtlichen Regeln und Grundsätzen.⁸²⁶

Das Tribunal hielt es zunächst für überflüssig, sich mit der dogmatischen Frage des Entschädigungsstandards, der derartige Wörter wie „full“, „adequate“, „appropriate“, „fair“ und „reasonable“ umfasse, zu befassen, da die Streitparteien übereinkamen, dass er dem Grundsatz der vollen („full“) Entschädigung des fairen Marktwertes des entzogenen Eigentums entsprechen müsse.⁸²⁷

Hiernach wies das Panel auf zwei Erwägungen hin.⁸²⁸ Erstens sei der costaricanischen Regierung nach dem Völkerrecht gestattet, ausländisches Eigentum zu enteignen, wenn dies für einen öffentlichen Zweck und gegen „prompt payment of adequate and effective compensation“ erfolge. Zweitens könne der legitime Zweck des Umweltschutzes den rechtlichen Charakter der Eigentumsentziehung nicht ändern.

Anschließend führte das Schiedsgericht folgendes aus:⁸²⁹

„Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state’s obligation to pay compensation remains.“

Danach kam das Tribunal zur Festlegung des Zeitpunktes der Eigentumsentziehung. Nach Ansicht des Schiedsgerichts sei das Eigentum enteignet, wenn die Auswirkungen der staatlichen Maßnahmen dem Eigentümer den Eigentumstitel, den Besitz oder den Zugriff auf die Vorteile und die ökonomische Nutzung seines Eigentums entzogen haben.⁸³⁰ Das Erfordernis eines einschneidenden Eingriffs in das Eigentum bzw. in die Eigentumsrechte

⁸²⁵ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, Award, ILM Vol. 39 (2000), S. 1317 (1327), Rn. 56.

⁸²⁶ Ebenda, S. 1328, Rn. 67.

⁸²⁷ Ebenda, S. 1329, Rn. 69, 70 und 73.

⁸²⁸ Ebenda, S. 1329, Rn. 71.

⁸²⁹ Ebenda, S. 1329, Rn. 72.

⁸³⁰ Ebenda, S. 1330, Rn. 77.

wurde unter Verweis auf das Urteil Tippetts des iranisch-amerikanischen Schiedsgerichts bekräftigt, wonach:⁸³¹

„While assumption of control over property by a government does not automatically and immediately justify a conclusion that the property has been taken by the government, thus requiring compensation under international law, such a conclusion is warranted whenever events demonstrate that the owner was deprived of fundamental rights of ownership and it appears that this deprivation is not merely ephemeral.“

Demzufolge entschied das Schiedsgericht, dass die Enteignung im Jahre 1978, also am Tag des Erlasses des Dekrets stattfand.⁸³²

Abgesehen von den jeweils durch den Kläger und den Beklagten im Jahre 1978 einseitig vorgenommenen Schätzungen des Wertes der entzogenen Grundstücke stand kein anderer Beweis für die Berechnung des tatsächlichen Wertes des Eigentums im Zeitpunkt der Entziehung zur Verfügung.⁸³³ Wieder auf die Rechtsprechung des iranisch-amerikanischen Schiedsgerichts verweisend und spezifisch auf das Verfahren AIG⁸³⁴ und vor allem auf den Schiedsspruch Phillips Petroleum,⁸³⁵ ging das ICSID-Schiedsgericht davon aus, dass für die Festsetzung des fairen Marktwertes alle relevanten Umstände einschließlich Billigkeitserwägungen berücksichtigt werden müssten.⁸³⁶ Die Entschädigungshöhe betrug demzufolge den Mittelwert der Bewertungen der Parteien und ist als „a reasonable and fair approximation of the value of the Property at the date of its taking“ charakterisiert worden.⁸³⁷

Bewertung

Im vorliegenden Schiedsspruch befürwortete das ICSID-Panel die „Sole-Effect-Doktrin“. Denn, obwohl das Vorhandensein einer Enteignung nicht bestritten wurde, betrachtete das Schiedsgericht als Grundsatz, dass die Zielsetzung der Enteignungsmaßnahmen - im konkreten Fall der Umweltschutz - völlig irrelevant sei, und bezeichnete als maßgeblichen Faktor ausschließlich ihre Auswirkungen. Was die Intensität der Eigentumsentziehung

⁸³¹ Ebenda, S. 1330, Rn. 77 = Tippetts (Fn. 768), S. 219 (225) (Hervorgehoben im Original).

⁸³² Ebenda, S. 1330, Rn. 81: „As of that date, the practical and economic use of the Property by the Claimant was irretrievably lost, notwithstanding that CDSE remained in possession of the Property. As of 5 May 1978, Claimant’s ownership of Santa Elena was effectively blighted or sterilised because the Property could not, thereafter, be used for the development purposes for which it was originally acquired (and which, at that time, were not excluded) nor did it possess any significant resale value.“

⁸³³ Ebenda, S. 1331, Rn. 88.

⁸³⁴ Ebenda, S. 1332, Rn. 88 = American International Group (u.a.) v. Iran (u.a.), Award, 19.12.1983, Iran-U.S.C.T.R. Vol. 4 (1983), S. 96 (109).

⁸³⁵ Ebenda, S. 1332, Rn. 92 = Phillips Petroleum (Fn. 771), S. 123.

⁸³⁶ Ebenda, S. 1332, Rn. 92.

⁸³⁷ Ebenda, S. 1332, Rn. 95.

anbelangt, verlangte das Schiedsgericht einen schwerwiegenden Eingriff in die Eigentumsrechte des Investors. Trotz der Tatsache, dass das ICSID-Schiedsgericht im SPP-Pyramiden-Verfahren keine klare Stellung zur Frage der Intensität des Eingriffs nahm, zeigt seine Ablehnung des Erfordernisses einer „total deprivation“, dass der hier dargelegte und auf der Rechtsprechung des iranisch-amerikanischen Schiedsgerichts beruhende Intensitätsstandard etwas anspruchsvoller war. Bezüglich der angewandten Enteignungsdogmatik, also der „Sole-Effect-Doktrin“, stimmen ferner die Schiedssprüche SPP und Santa Elena miteinander überein.

Anders als die bislang behandelte ICSID-Judikatur ging das Panel im Falle Santa Elena davon aus, dass bei rechtmäßigen Enteignungen das allgemeine Völkerrecht eine volle Entschädigung im Sinne der Hull-Formel erfordere, was überdies von den Streitparteien nicht bestritten wurde. Sie müsse nämlich „prompt, adequate and effective“ sein. Allerdings berücksichtigte das Schiedsgericht für die Festsetzung des fairen Marktwertes alle relevanten Umstände einschließlich von Billigkeitserwägungen. Daraus kann man zwei nicht so entfernt voneinander liegende Schlussfolgerungen ziehen. Erstens: Das Tribunal wandte in Wirklichkeit den Standard „appropriate compensation“ an, obwohl ausdrücklich die Hull-Formel für maßgeblich bezeichnet wurde.⁸³⁸ Zweitens: Der Standard der vollen Entschädigung hat seine ehemalige Härte verloren, und durch die Einführung von Billigkeitserwägungen ist er durch das Element der Flexibilität angereichert worden.⁸³⁹ In der Tat zeigt eine eher pragmatische Betrachtung des Falles Santa Elena, dass eine Enteignungsentschädigung, die auch effektiv sein muss, nicht mehr als „angemessen“ zu sein braucht.⁸⁴⁰ Ob dies auch der Fall bei BIT-bezogenen ICSID-Schiedsverfahren sein kann, soll im folgenden untersucht werden.

f) Metalclad v. Mexico (Lauterpacht, Civiletti, Luis Siqueiros), 30.08.2000 (Additional Facility)

⁸³⁸ Vgl. etwa auch die Kritik von Lauterpacht (Fn. 327), S. 135 zum Fall Phillips Petroleum, wo das iranisch-amerikanische Schiedsgericht den Standard der vollen Entschädigung mittels Billigkeitserwägungen und der Berücksichtigung der relevanten Umstände des Einzelfalles relativierte.

⁸³⁹ Vgl. etwa auch Amerasinghe (Fn. 740), S. 64.

⁸⁴⁰ Vgl. etwa Charles Brower/Jarrod Wong, General Valuation Principles: The Case of *Santa Elena*, in: Weiler (Fn. 447), S. 747 (774-775): „At the end of the day, the *Santa Elena* Tribunal perhaps consciously, granted compensation in an amount that [...] would not “break” Costa Rica[.]“ sowie im Hinblick auf den Entschädigungsstandard in der Judikatur des iranisch-amerikanischen Schiedsgerichts die Schlussfolgerung von Amerasinghe (Fn. 740), S. 64-65. Siehe aber auch die kritischen Anmerkungen bezüglich der Einführung von Billigkeitselementen in den Bewertungsprozess von Markham Ball, *Assessing Damages in Claims by Investors against States*, ICSID Review/FILJ Vol. 16 (2001), S. 408 (425-427), wo auch auf den ICSID-Schiedsspruch im Falle Santa Elena Bezug genommen wird.

Nachdem die U.S.-amerikanische Gesellschaft Metalclad eine nationale Baugenehmigung und weitere nationale und kommunale Erlaubnisse bekam, begann sie 1993 mit dem Bau einer Mülldeponie in der mexikanischen Stadt Guadalcázar in San Luis Potosí, zumal sowohl die nationalen als auch die kommunalen Behörden ihre Bereitschaft zur Unterstützung des Projekts erklärt hatten. Obwohl der Bau der Mülldeponie 1995 erfolgreich abgeschlossen wurde, erwiesen sich ihre Öffnung und ihr Betrieb wegen Protesten und Demonstrationen als unmöglich. Im Dezember 1995, dreizehn Monate nachdem Metalclad eine kommunale Baugenehmigung bei den Behörden der Kommune von Guadalcázar beantragt hatte, wurde ihr Antrag ohne plausible Begründung abgelehnt. Im Jahre 1997 erließ der Gouverneur der Stadt San Luis Potosí ein ökologisches Dekret, wonach die Mülldeponiefläche zum Naturschutzbereich erklärt wurde. Metalclad machte geltend, Art. 1105 und 1110 des NAFTA-Abkommens seien verletzt.⁸⁴¹

Im Rahmen der Bestimmung des in der vorliegenden Streitigkeit anzuwendenden Rechtes, also des NAFTA-Abkommens und des allgemeinen Völkerrechts, legte das Schiedsgericht seine interpretatorische Herangehensweise dar. Es wies zunächst darauf hin, dass:⁸⁴²

„NAFTA Article 102(2) provides that the Agreement must be interpreted and applied in the light of its stated objectives and in accordance with applicable rules of international law. These objectives specifically include transparency and the substantial increase in investment opportunities in the territories of the Parties. (NAFTA Article 102(1)(c)).“

Nach der Unterstreichung des teleologischen Elementes stellte das Schiedsgericht auf Art. 31(1) WVK ab. Abschließend wurde nochmals auf den teleologischen Faktor Bezug genommen wie folgt:⁸⁴³

„The Parties to NAFTA specifically agreed to “ENSURE a predictable commercial framework for business planning and investment”. (NAFTA Preamble, para. 6 (*emphasis in original*)). NAFTA further requires that “[e]ach Party shall ensure that its laws, regulations, procedures, and administrative rulings of general application respecting any matter covered by this Agreement are promptly published or otherwise made available in such a manner as to enable interested persons and Parties to become acquainted with them”. *Id.*, Article 1802.1.“

⁸⁴¹ Metalclad Corporation v. United Mexican States, Award, ILM Vol. 40 (2001), S. 36 (47), Rn. 72.

⁸⁴² Ebenda, S. 46, Rn. 70.

⁸⁴³ Ebenda, S. 46, Rn. 71.

Nachdem das Schiedsgericht einen Verstoß gegen die in Art. 1105 niedergelegte Verpflichtung festgestellt hatte, den Investor gerechte und billige Behandlung zu gewähren, befasste es sich mit der Frage der Enteignung.

Der Ansicht des Schiedsgerichts zufolge umfasst die Enteignung gemäß Art. 1110 des NAFTA-Abkommens:⁸⁴⁴

„not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.“

Daher habe Mexiko eine enteignungsgleiche Maßnahme im Sinne von Art. 1110 ergriffen, indem die mexikanische Regierung an der Weigerung der Kommune von Guadalcazar, das Recht von Metalclad auf den Betrieb einer Mülldeponie zu erfüllen, teilgenommen und diese Weigerung geduldet habe, obwohl die mexikanische Regierung selbst das Projekt befürwortete und guthieß.⁸⁴⁵ Die unbegründete Weigerung der Baugenehmigung sowie die Erklärungen der mexikanischen Regierung, auf die sich Metalclad verlassen habe, stünden einer indirekten Enteignung gleich.⁸⁴⁶

Ein weiterer Grund für die Feststellung einer Enteignung, so das Schiedsgericht, sei das vom Gouverneur der Stadt San Louis Potosi erlassene naturschützende Dekret. In diesem Zusammenhang erklärte das Panel:⁸⁴⁷

„This Decree had the effect of barring forever the operation of the landfill.“

Das Tribunal führte ferner aus, dass es nicht über die Absicht bzw. über die Motivation des Erlasses des Dekrets zu entscheiden oder diese zu berücksichtigen brauche.⁸⁴⁸

Hiernach erklärte es:⁸⁴⁹

„the damages arising under NAFTA, Article 1105 and the compensation due under NAFTA, Article 1110 would be the same.“

⁸⁴⁴ Ebenda, S. 50, Rn. 103 (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁸⁴⁵ Ebenda, S. 50, Rn. 104.

⁸⁴⁶ Ebenda, S. 50, Rn. 106-107.

⁸⁴⁷ Ebenda, S. 51, Rn. 109.

⁸⁴⁸ Ebenda, S. 51, Rn. 111.

⁸⁴⁹ Ebenda, S. 51, Rn. 113.

Im Hinblick auf die Enteignung wies das Schiedsgericht ausdrücklich darauf hin, dass Art. 1110(2) des NAFTA-Abkommens einen dem fairen Marktwert der enteigneten Investition entsprechenden Ausgleich erfordere,⁸⁵⁰ und darauf basierend kalkulierte es die Höhe des zu zahlenden Schadensersatzes.⁸⁵¹

Bewertung

Im vorliegenden Schiedsverfahren erfolgte die Interpretation des Enteignungsbegriffes gemäß dem NAFTA-Abkommen ausschließlich auf der Basis des teleologischen Elementes. Ohne irgendeinen Rückgriff auf vergangene völkerrechtliche Rechtsprechung oder andere Völkerrechtsquellen⁸⁵² legte das Tribunal im Falle Metalclad seine eigene, am Effektivitätsgrundsatz orientierte Interpretation der „Enteignung“ zugrunde. Insbesondere wurden weder die diesbezügliche gefestigte Rechtsprechung des iranisch-amerikanischen Schiedsgerichtes noch die sie mittelbar reflektierende und sechs Monate vor dem Erlass des Metalclad-Schiedsspruchs gefällte Entscheidung Santa Elena beachtet. Die Berücksichtigung des Verfahrens Santa Elena wäre umso mehr erforderlich gewesen, als jeweils der gleiche faktische Kontext zur Debatte stand, nämlich der Umweltschutz. Konsequenterweise ist wegen des ausschließlichen Abstellens auf den teleologischen Faktor eine bemerkenswerte Kluft zwischen dem vorliegenden Schiedsspruch und dem Fall Santa Elena zu erkennen. Während das Tribunal im Verfahren Santa Elena mit Verweis auf die Judikatur des iranisch-amerikanischen Schiedsgerichtes eine Entziehung der „fundamental rights of ownership“ verlangte, genügte dem Panel im Falle Metalclad lediglich eine „incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property“.⁸⁵³ Mit anderen Worten wurde die „Sole-Effect-Doktrin“ so gut wie schrankenlos verstanden. Dieses weite Verständnis der Enteignung im Verfahren Metalclad begünstigt ausschließlich die Seite des Investors,⁸⁵⁴ indem dessen Schutz ein einseitiger Vorrang gegenüber der staatlichen Regulierungsgewalt eingeräumt wird. Hätte das Schiedsgericht seine Auslegung auch am Maßstab ihrer Konsequenzen gemessen, dann hätte es sich eingestehen müssen, dass der von ihm gewählte Maximalschutz zu Gunsten des Investors die Gefahr in sich birgt, dass der Investor ein Schiedsverfahren nicht zur Beilegung einer Streitigkeit einleitet, sondern um Gewinne zu erzielen.

⁸⁵⁰ Ebenda, S. 52, Rn. 118.

⁸⁵¹ Ebenda, S. 51-52.

⁸⁵² Vgl. Dolzer (Fn. 772), S. 72.

⁸⁵³ Vgl. Lowe (Fn. 133), S. 452-453.

⁸⁵⁴ Vgl. William Dodge, Comment, Metalclad Corporation v. Mexico, AJIL Vol. 95 (2001), S. 910 (917).

Letztlich wurde in Übereinstimmung mit dem Wortlaut von Art. 1110(2) des NAFTA-Abkommens die Höhe des zu zahlenden Schadensersatzes wegen der Verletzung von Art. 1105 wie Art. 1110 am Maßstab der dem fairen Marktwert entsprechenden vollen Entschädigung berechnet.

g) Tecmed v. Mexico (Grigera Naón, Fernández Rozas, Bernal Vereza), 29.03.2003 (Additional Facility)

Im Februar 1996 erwarb das spanische Unternehmen Tecmed in einer öffentlichen Versteigerung Grundstücke, Gebäude und andere Vermögenswerte, um eine Mülldeponie in Mexiko zu betreiben.⁸⁵⁵ Ende 1996 wurde Tecmed von den mexikanischen Behörden eine auf ein Jahr befristete Betriebsgenehmigung erteilt. Nach einmaliger Verlängerung wurde gegen Ende 1998 ein neuer Genehmigungsantrag durch eine Resolution der mexikanischen Behörden abgelehnt.⁸⁵⁶ Demzufolge konnte die Tecmed-Gesellschaft die Mülldeponie nicht mehr betreiben. Sie machte daher vor einem ICSID-Panel geltend, dass durch die Nichtverlängerung der Betriebsgenehmigung die mexikanischen Behörden ihre Investition enteignet und somit Artikel 5(1) des spanisch-mexikanischen BIT verletzt hätten.⁸⁵⁷ Weiterhin rügte sie unter anderem die Verletzung der Standards „gerechte und billige Behandlung“ und „voller Schutz und Sicherheit“.⁸⁵⁸

Vom Wortlaut des BIT ausgehend, bemerkte das ICSID-Tribunal zunächst, das bilaterale Investitionsschutzabkommen enthalte weder eine Definition des Terminus „Enteignung“, noch bestimme es Handlungen, welche einer Enteignung gleichkämen.⁸⁵⁹ Um festzustellen, ob die Resolution eine enteignungsgleiche Maßnahme im Sinne von Art. 5(1) des BIT sei, müsse zuerst untersucht werden, so das Panel, ob dem Investor durch die Resolution die ökonomische Nutzung der Investition völlig entzogen worden sei. Mit anderen Worten müsse untersucht werden, ob durch die Handlungen des Beklagten die betroffenen Vermögenswerte ihren wirtschaftlichen Wert oder ihre Nutzung verloren hätten.⁸⁶⁰ Seine bisherigen Ausführungen konkretisierend und die Intensität des Eingriffs für die Qualifizierung einer Regulierungsmaßnahme als enteignungsgleiche Maßnahme klarstellend wies das Schiedsgericht darauf hin:⁸⁶¹

⁸⁵⁵ Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, Award, ILM Vol. 43 (2004), S. 133 (137-138), Rn. 35.

⁸⁵⁶ Ebenda, S. 138, Rn. 39.

⁸⁵⁷ Ebenda, S. 139, Rn. 45.

⁸⁵⁸ Ebenda, S. 139, Rn. 45.

⁸⁵⁹ Ebenda, S. 161, Rn. 113.

⁸⁶⁰ Ebenda, S. 162, Rn. 115.

⁸⁶¹ Ebenda, S. 162, Rn. 115 (Hervorgehoben vom Verfasser).

„This determination is important because it is one of the main elements to distinguish, from the point of view of an international tribunal, between a regulatory measure, which is an ordinary expression of the exercise of the state's police power that entails a decrease in assets or rights, and a de facto expropriation that deprives those assets and rights of any real substance.“

Demzufolge seien die Auswirkungen einer Maßnahme oder Handlung nicht irrelevant für die Feststellung, ob es sich um eine Enteignung handele. Ergänzend begründete das Schiedsgericht diese Ansicht mit Verweis auf den Wortlaut von Art. 5(1) des BIT, der nicht nur Enteignungen oder Nationalisierungen einschloss, sondern auch „... any other measure with similar characteristics or *effects* ...“.“

Des weiteren fügte das Schiedsgericht hinzu, dass es gemäß dem BIT befugt sei, für die Beilegung von Streitigkeiten Völkerrechtsregeln anzuwenden. Das Schiedsgericht verstand dies dahingehend, dass es auf die anderen in Art. 38 des IGH-Statuts genannten Völkerrechtsquellen zurückgreifen könne, welche nicht als eingefroren, sondern in ihrer „Evolution“ zu betrachten seien.⁸⁶² Ferner verwies das Schiedsgericht auf die Rechtsprechung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes und auf die Judikatur des iranisch-amerikanischen Tribunals, die bestätigten, dass für das Vorhandensein einer indirekten Enteignung ein nicht temporärer schwerwiegender Eingriff in die Eigentumsrechte erforderlich sei, wobei im Mittelpunkt die Auswirkungen der staatlichen Maßnahmen stünden. Für den konkreten Fall stellte das Panel fest:⁸⁶³

„As far as the effects of such Resolution are concerned, the decision can be treated as an expropriation under Article 5(1) of the Agreement.“

Allerdings hielt das Panel es für erforderlich, seine Untersuchung fortzusetzen und im Lichte von Art. 5(1) des BIT zu prüfen, ob die Resolution, abgesehen von ihren Auswirkungen, durch ihre Merkmale eine enteignungsgleiche Maßnahme darstelle.⁸⁶⁴ Vom Wortlaut des Art. 5(1) gemäß Art. 31(1) WVK ausgehend fand das Schiedsgericht keinen Grundsatz, nach dem Regulierungsmaßnahmen an sich vom Anwendungsbereich des BIT ausgeschlossen werden, selbst wenn sie sich vorteilhaft auf die Gesellschaft als ganzes, wie z. B. im Falle des Umweltschutzes, auswirkten.⁸⁶⁵ Hiernach nahm das Schiedsgericht auf den Fall Santa Elena Bezug, der in kategorischer Weise demonstrierte, dass Umweltschutzmaßnahmen die Pflicht eines jeden Staates, bei rechtmäßiger Eigentumsentziehung Entschädigung zu leisten, nicht

⁸⁶² Ebenda, S. 162, Rn. 116.

⁸⁶³ Ebenda, S. 163, Rn. 117.

⁸⁶⁴ Ebenda, S. 163, Rn. 118.

⁸⁶⁵ Ebenda, S. 164, Rn. 121.

beseitigen könnten. Zuletzt griff jedoch das Schiedsgericht auf die Rechtsprechung des EMRGH und insbesondere auf das Urteil Matos e Silva zurück. Um zu entscheiden, ob die staatlichen Maßnahmen enteignungsgleichen Charakter hätten, so das Panel, werde das Schiedsgericht prüfen, ob sie verhältnismäßig zu dem durch sie geschützten öffentlichen Interesse und zu dem den Investitionen gewährten rechtlichen Schutz seien, wobei der Berücksichtigung der negativen finanziellen Auswirkungen einer staatlichen Handlung eine besondere Rolle im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zukomme. Aufgrund der Rechtsprechung des EMRGH stellte das Schiedsgericht fest, dass es im Lichte von Art. 5(1) des BIT zu prüfen habe, ob:⁸⁶⁶

„such measures are reasonable with respect to their goals, the deprivation of economic rights and the legitimate expectations of who suffered such deprivation. There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure.“

Das Tribunal zog zuletzt die Schlussfolgerung, dass die die Verlängerung der Betriebsgenehmigung ablehnende Resolution und deren Auswirkungen einer Enteignung gleichkämen, die gegen Art. 5(1) des BIT und gegen das Völkerrecht verstoße.⁸⁶⁷ Hiernach wurde auch die Verletzung des Grundsatzes „faire und billige Behandlung“ festgestellt.⁸⁶⁸ Der Standard der Entschädigung entsprach gemäß Art. 5(2) des BIT dem fairen Marktwert der entzogenen Investition.⁸⁶⁹ Das Tribunal ging davon aus, dass:⁸⁷⁰

„the Claimant is entitled to receive compensation in accordance with the provisions of the Agreement and on the basis of the market value of the assets the Claimant has been deprived of.“

Den Schiedsspruch Aminoil unter anderem zitierend fügte das Schiedsgericht hinzu:⁸⁷¹

„The Arbitral Tribunal also considers that, although the Arbitral Tribunal may consider general equitable principles when setting the compensation owed to the Claimant, without thereby assuming the role of an arbitrator ex aequo et bono, the burden to prove the investment’s market value alleged by the Claimant is on the Claimant.“

⁸⁶⁶ Ebenda, S. 164, Rn. 122 (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁸⁶⁷ Ebenda, S. 173, Rn. 151.

⁸⁶⁸ Ebenda, S. 180, Rn. 174.

⁸⁶⁹ Ebenda, S. 183, Rn. 187.

⁸⁷⁰ Ebenda, S. 184, Rn. 189.

⁸⁷¹ Ebenda, S. 184, Rn. 190 (Hervorgehoben vom Verfasser).

Letztlich betonte das Tribunal, dass bei der Festlegung des Marktwertes auch andere Faktoren zu berücksichtigen seien.⁸⁷²

Bewertung

Die Feststellung des Vorhandenseins einer indirekten Enteignung erfolgte im vorliegenden Fall über eine zweistufige Prüfung. Zuerst wurde getestet, ob ein schwerwiegender Eingriff in die Eigentumsrechte des Investors stattfand, und danach wurde untersucht, inwiefern der Eingriff durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung gerechtfertigt werden konnte.

Im Hinblick auf die Schwere des Eingriffs lässt sich zunächst einmal feststellen, dass sie so intensiv sein musste, dass der jeweiligen Investition jede eigentliche Substanz entzogen wurde. Mangels des teleologischen Elementes legte das Schiedsgericht im Falle Tecmed in einem umweltrechtlichen Kontext einen deutlich anspruchsvolleren Eingriffsstandard im Vergleich zu dem Schiedsspruch im Falle Metalclad zugrunde, wonach fast jede staatliche Regelung mit negativen Auswirkungen auf die Investition einen Entschädigungsanspruch soll begründen können.⁸⁷³ Strikter war der Standard des Eingriffes auch verglichen mit dem des Pyramiden-Verfahrens, wo das Schiedsgericht es ausdrücklich ablehnte, dass für die Bejahung einer indirekten Enteignung eine „total deprivation“ erforderlich sei.

Anders als in allen bislang behandelten Schiedsverfahren kam im Fall Tecmed eine Verhältnismäßigkeitsprüfung als zusätzliches Element für die Bestimmung einer indirekten Enteignung zur Anwendung. Der Auffassung des Schiedsgerichts zufolge ermöglichte dies der Verweis des Investitionsschutzabkommens auf andere Völkerrechtsvorschriften, was allerdings in der überwiegenden Mehrheit der BITs einschließlich des NAFTA-Abkommens der Fall ist.⁸⁷⁴ Wenngleich nicht ausdrücklich, wurde in diesem Fall auf die systematische Auslegung gemäß Art. 31(3)c der WVK zurückgegriffen. Dafür spricht sowohl die Tatsache, dass das Tribunal selbst das evolutive Element betonte, als auch, dass die Verhältnismäßigkeit an sich einen Rechtsgrundsatz, mithin einen Völkerrechtsatz im Sinne von Art. 31(3)c, darstellt, der der Europäischen Menschenrechtskonvention in ihrer Gesamtheit innewohnt.⁸⁷⁵

Es war daher kein Zufall, dass etwa drei Jahre nach dem Erlass des Schiedsspruchs Tecmed der Bericht der Völkerrechtskommission über die Fragmentierung des Völkerrechts den

⁸⁷² Ebenda, S. 184, Rn. 192 und insbesondere S. 184, Rn. 193 sowie S. 184-185, Rn. 194.

⁸⁷³ Vgl. Bjørn Kunoy, *Developments in Indirect Expropriation Case Law in ICSID Transnational Arbitration*, JWIT Vol. 6 (2005), S. 467 (471-472 und 485-486); Yves Fortier/Stephen Drymer, *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know it When I See It, or Caveat Investor*, Asia Pacific Law Review, Vol. 13 (2005), S. 79 (89-90).

⁸⁷⁴ Art. 1130 des NAFTA-Abkommens lautet: „A Tribunal established under this Subchapter shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law.“

⁸⁷⁵ Siehe oben Fn. 777.

Terminus „Enteignung“ ausdrücklich als einen der im Lichte ihres rechtlichen Umfelds gemäß Art. 31(3)c auszulegenden Begriffe qualifizierte.⁸⁷⁶ Der aufgrund der systematischen Auslegung vorgenommene Verhältnismäßigkeits-test bedeutet aus praktischer Sicht, dass, anders als in den Fällen SPP-Pyramiden, Santa Elena und Metalclad, wo die „Sole-Effect-Doktrin“ angewandt wurde, auch die Zielsetzung der jeweiligen staatlichen Maßnahme zu berücksichtigen ist. Im Ergebnis erwies sich der hier angewandte Standard als rigoroser, da als indirekte Enteignung jede unverhältnismäßige, den Wert der Investition vernichtende Eigentumsentziehung betrachtet wurde.⁸⁷⁷

In Bezug auf die Frage der Enteignungsentschädigung sah Art. 5(2) des vorhandenen BIT vor, dass sie dem fairen Marktwert der entzogenen Investition entsprechen müsse, was nämlich dem Standard der vollen Entschädigung entspricht. Anders als z. B. Art. 6(1) des BIT zwischen Hongkong und Neuseeland von 1993, das im Rahmen der Bewertung auch die Beachtung von Billigkeitserwägungen vorsieht,⁸⁷⁸ verwies der an sich klare Wortlaut von Art. 5(2) des spanisch-mexikanischen BIT nicht auf solche Grundsätze. Allerdings wurde im Verfahren Tecmed der in absoluter Weise niedergelegte Standard der vollen Entschädigung dadurch relativiert, dass Billigkeitserwägungen und die konkreten Umstände des Einzelfalles berücksichtigt wurden. Es zeigt sich also, dass der Standard der vollen Entschädigung, selbst wenn vertraglich festgelegt, mit Flexibilitätselementen angereichert werden kann, die letzten Endes den Standard der angemessenen Entschädigung kennzeichnen.

3. Ergebnis

Im Hinblick auf die Frage des Standards der Enteignungsentschädigung lässt sich zunächst feststellen, dass in den hier bis zum Jahre 2000 behandelten Schiedsverfahren nirgendwo die Rede von der Hull-Formel oder von einer vollen Entschädigung war. Gekennzeichnet sind die Fälle dieser Periode dadurch, dass die Panels die Frage der Enteignungsentschädigung aus dem Blickwinkel des allgemeinen Völkerrechts betrachteten. Insbesondere sprachen die mit Fragen des Schadensersatzes befassten ICSID-Schiedsgerichte in den Verfahren B & B und Amco von einem flexibleren Standard als dem der vollen Entschädigung. Ferner bezeichnete das Panel in seinem Obiter Dictum im Verfahren LETCO als geltendes Völkerrecht

⁸⁷⁶ Siehe oben: Dritter Teil, I, C, Fn. 368.

⁸⁷⁷ Vgl. etwa Stephan Schill, Völkerrechtlicher Investitions- und Eigentumsschutz in der ICSID-Entscheidung TECMED, RIW (2005), S. 330 (335).

⁸⁷⁸ „Such compensation shall amount to the real value of the investment immediately before the deprivation or before the impending deprivation became public knowledge whichever is the earlier. Where that value cannot be readily ascertained, the compensation shall be determined in accordance with generally recognised principles of valuation and equitable principles taking into account the capital invested, depreciation, capital already repatriated, replacement value, currency exchange rate movements and other relevant factors.“ (Hervorgehoben vom Verfasser). Siehe dazu Lauterpacht (Fn. 758), S. 268-269.

ausdrücklich die angemessene Entschädigung im Sinne der Resolution 1803 (XVII), während das Tribunal im Verfahren SPP-Pyramiden ausdrücklich „appropriate compensation“ für eine rechtmäßige Enteignung zusprach. Hingegen charakterisierte das ICSID-Panel im Verfahren Santa Elena als geltendes Völkerrecht den Standard der Hull-Formel. Allerdings wurden im Rahmen des separaten Prozesses der Bewertung alle relevante Umstände einschließlich Billigkeitserwägungen beachtet. Ebenso wurden diese Elemente und insbesondere die Billigkeitserwägungen in den Bewertungsprozess des BIT-Verfahrens Tecmed einbezogen, wo der klare Wortlaut von Art. 5(2) des spanisch-mexikanischen BIT ausdrücklich eine dem vollen Marktwert der entzogenen Investition entsprechende Entschädigung erforderte. Im Ergebnis kann man nach der Untersuchung den hier vorliegenden Verfahren nicht davon ausgehen, dass die volle Entschädigung den geltenden völkerrechtlichen Standard widerspiegelt. Die Tatsache, dass mittels der innerrechtlichen Billigkeit das Element der Flexibilität bei der Berechnung der Höhe der vollen Entschädigung je nach den Umständen des Einzelfalles eingeführt werden kann, spricht eher dafür, dass die Enteignungsentschädigung nicht mehr als „angemessen“ zu sein braucht.

Was die Unterscheidung zwischen indirekter Enteignung und entschädigungslos hinzunehmender Regulierung betrifft, lässt sich in erster Linie feststellen, dass den Auswirkungen der jeweiligen staatlichen Maßnahmen unter allen Umständen eine besondere Bedeutung zukommt. Allerdings wurden in den hier behandelten ICSID-Schiedssprüchen zwei verschiedene methodologische Herangehensweisen beobachtet. Zum einen kam die sogenannte „Sole-Effect-Doktrin“ zur Anwendung, wonach ausschließlich die Auswirkungen der staatlichen Handlungen beachtet wurden (SPP/Santa Elena/Metalclad). Zum anderen griff das ICSID-Tribunal im Falle Tecmed darüber hinausgehend auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zurück, um das Vorhandensein einer Enteignung festzustellen. Dabei wurde neben den Auswirkungen auch die Zielsetzung der staatlichen Regelung berücksichtigt. Die Einführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Falle Tecmed ist auf die systematische Auslegung des BIT nach Art. 31(3)c der WVK zurückzuführen und stellt einen rigoroseren Enteignungsstandard dar.

Die Diskrepanzen im Hinblick auf die Feststellung des Vorliegens einer indirekten Enteignung betreffen nicht nur die anzuwendende Methodologie im allgemeinen, sondern sie sind auch hinsichtlich der gemeinsamen Enteignungsmerkmale identifizierbar. Denn während die ICSID-Panels im Verfahren Santa Elena und vor allem im Falle Tecmed einen schwerwiegenden Eingriff der jeweiligen staatlichen Regelung in die Eigentumsrechte des Investors forderten, verstand das Schiedsgericht im Falle Metalclad die Intensität des

Eingriffs dahingehend, dass fast jede staatliche Regelung mit negativen Auswirkungen auf die Investition eine Entschädigungspflicht des Gaststaates begründen könne. Dieses weite investorfremde Verständnis des Terminus „Enteignung“ lässt sich dadurch erklären, dass sich die Auslegung ausschließlich am teleologischen Element orientierte und dass das Schiedsgericht keinen Bezug auf die vergangene Judikatur des iranisch-amerikanischen Schiedsgerichts sowie auf den sechs Monate früher gefällten Schiedsspruch im Falle Santa Elena nahm.

Es lässt sich mithin feststellen, dass der Eingriffsstandard sowie die anzuwendende Enteignungsdogmatik je nach Panel variierte. Überblickt man abschließend die zwei letztgenannten den Umweltschutz betreffenden BIT-Schiedsverfahren als Ganzes (Metalclad/Tecmed), dann kann man bei ihrem Vergleich ohne weiteres feststellen, dass je niedriger der Eingriffsstandard interpretiert wurde, desto härter der Entschädigungsstandard festgelegt wurde.

E. Notstand

1. Einführung

Es ist Tatsache, dass die Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung seitens eines Staates, welche ihm zurechenbar ist, seine völkerrechtliche Verantwortlichkeit auslöst. Dennoch enthält das Völkerrecht auch Gründe, nach denen das in Frage stehende Verhalten des in Anspruch genommenen Staates gerechtfertigt werden kann.⁸⁷⁹ Es handelt sich um die sogenannten Umstände, welche die Rechtswidrigkeit einer völkerrechtswidrigen Handlung ausschließen, die im fünften Kapitel des ersten Teils der ILC-Artikel von 2001 verankert worden sind. Hierzu zählt auch der völkerrechtliche Notstand, der seinen Niederschlag in ILC-Art. 25 gefunden hat.

Für lange Zeit wurde im völkerrechtlichen Schrifttum und gelegentlich auch in der internationalen Rechtsprechung die Existenz des Notstandes als allgemeiner „Rechtfertigungsgrund“ für völkerrechtswidrige Handlungen bestritten.⁸⁸⁰ Der Grund dafür lag darin, dass er ein Missbrauchsrisiko mit sich brachte und den objektiven und verbindlichen Charakter des Völkerrechts in Frage stellen könnte.⁸⁸¹ Spätestens seit der Entscheidung des IGH zum Gabčíkovo-Nagymaros-Projekt aus dem Jahre 1997 gilt allerdings

⁸⁷⁹ Dazu Knut Ipsen, in: Ipsen (Fn. 28), S. 652 ff.

⁸⁸⁰ Siehe mit weiteren Nachweisen auf die entsprechende völkerrechtliche Judikatur und Literatur Phoebe Okowa, Defences in the Jurisprudence of International Tribunals, in: Guy Goodwin-Gill/Stefan Talmon, The Reality of International Law - Essays in Honour of Ian Brownlie-, Clarendon Press, Oxford, 1999, S. 389 (398-399) und S. 398, Fn. 35.

⁸⁸¹ Ebenda, S. 398.

der Notstand als ein Institut völkergewohnheitsrechtlicher Anerkennung,⁸⁸² was nochmals durch das IGH-Gutachten von 2004 zur israelischen Mauer wie folgt bestätigt wurde:⁸⁸³

„The Court has, however, considered whether Israel could rely on a state of necessity which would preclude the wrongfulness of the construction of the wall. [...] [I]t might be asked whether a state of necessity as recognized in customary international law could be invoked [...] as a ground for precluding the wrongfulness of the measures or decisions being challenged. However, the Court will not need to consider that question. As the Court observed in the case concerning the *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, "the state of necessity is a ground recognized by customary international law" [...]“

Das IGH-Urteil im Falle *Gabčíkovo-Nagymaros* betonte, dass eine Berufung auf Notstand nur unter bestimmten streng definierten und kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen möglich sei.⁸⁸⁴ Diese Bedingungen gab der ehemalige Artikel 33 des ILC-Entwurfs zur Staatenverantwortlichkeit aus dem Jahre 1980 wieder. Sie sind gegenwärtig in dem mit sehr geringen Abweichungen vom damaligen Text verfassten ILC-Artikel 25 niedergelegt, wonach:

1. „Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:
 - a) Is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and
 - b) Does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.
2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:
 - a) The international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or
 - b) The State has contributed to the situation of necessity.“

Artikel 25 ist in negativer Weise formuliert. Der Ausdruck „Necessity may not be invoked [...] unless“ unterstreicht den Ausnahmecharakter des völkergewohnheitsrechtlichen Notstandes und spiegelt die Besorgnis wegen seines eventuellen Missbrauchs wider.⁸⁸⁵

Die erste Bedingung für die Berufung auf den völkergewohnheitsrechtlichen Notstand ist gemäß Art. 25(1)a die Schutzbedürftigkeit eines wesentlichen Interesses eines Staates. Wann

⁸⁸² *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, (Hungary/Slovakia), Judgment, 25.10.1997, ICJ Rep. 1997, S. 7 (40), Rn. 51.

⁸⁸³ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 09.07.2004, ICJ Rep. 2004, S. 136 (194-195), Rn. 140.

⁸⁸⁴ *Gabčíkovo-Nagymaros* (Fn. 882), S. 40, Rn. 51.

⁸⁸⁵ Crawford (Fn. 611), S. 202, Rn. 14.

und ob dies der Fall ist, kann nicht präjudiziert werden, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.⁸⁸⁶ Es braucht aber nicht zwingend an sich die Existenz eines Staates gefährdet sein, sondern es kann der Begriff „wesentliches Interesse“ auch andere essentiellen Belange wie z. B. das politische oder das ökonomische Fortbestehen eines Landes, den inneren Frieden oder die Umwelterhaltung einschließen.⁸⁸⁷ Ferner muss die das wesentliche Interesse bedrohende Gefahr nicht nur objektiv nachzuweisen, sondern auch qualitativ gravierend und zeitlich unmittelbar, also nahe liegend, sein.⁸⁸⁸ Hinzu kommt, dass die Herangehensweise des Staates die einzige zur Verfügung stehende Möglichkeit zum Schutze des Interesses sein muss. Eine Berufung auf Notstand ist demzufolge gemäß dem ILC-Kommentar auch dann ausgeschlossen, falls andere Maßnahmen vorhanden sind, selbst wenn sie kostspieliger oder weniger geeignet sind.⁸⁸⁹ Dieser rigorose „Only-Way“-Test geht auf die Epoche von Grotius zurück⁸⁹⁰ und wurde weiterhin auch durch das IGH-Gutachten zur israelischen Mauer bestätigt, indem:⁸⁹¹

„the Court is not convinced that the construction of the wall along the route chosen was the only means to safeguard the interests of Israel against the peril which it has invoked as justification for that construction.“

Die vierte Voraussetzung bildet das Verbot der ernsthaften Beeinträchtigung des Staates oder der Staaten, gegenüber denen die Verpflichtung besteht, oder der gesamten internationalen Gemeinschaft. Das heißt, dass aus objektiver Sicht die aufgeopferten Interessen von geringerer Bedeutung verglichen mit den zu sichernden sein müssen.⁸⁹² Mit anderen Worten, nur aufgrund dieser zusätzlichen Abwägung ist durch das Institut des Notstandes die Überwindung der klaren und einfachen Maxime „pacta sunt servanda“ gestattet.⁸⁹³ Hervorzuheben ist jedenfalls, dass der Verweis auf die wesentlichen Interessen der Völkerrechtsgemeinschaft eine durch den ILC-Art. 25 gegenüber dem ehemaligen ILC-Artikel 33 eingeführte Neuerung bildet.⁸⁹⁴ Aufgrund der Tatsache, dass der ILC-Kommentar

⁸⁸⁶ Crawford (Fn. 611), S. 202, Rn. 15.

⁸⁸⁷ S. P. Jagota, State Responsibility: Circumstances Precluding Wrongfulness, NYIL Vol. XVI (1985), S. 249 (267).

⁸⁸⁸ Crawford (Fn. 611), S. 202, Rn. 15.

⁸⁸⁹ Crawford (Fn. 611), S. 203, Rn. 15.

⁸⁹⁰ Vgl. Cassese (Fn. 650), S. 256.

⁸⁹¹ Wall in the Occupied Palestinian Territory (Fn. 883), S. 195, Rn. 140.

⁸⁹² Jagota (Fn. 887), S. 269.

⁸⁹³ Tomuschat (Fn. 239), S. 287, Rn. 25.

⁸⁹⁴ Andrea Bjorklund, Emergency Exceptions to International Obligations in the Realm of Foreign Investment: The State of Necessity as a Circumstance Precluding Wrongfulness (Draft 15.05.2006), S. 10, Papier der ILA Committee on International Law of Foreign Investment, abrufbar unter <http://www.ila->

darauf hinweist, dass der Ausdruck „international community as a whole“ im Sinne des IGH-Urteils im Falle Barcelona Traction zu verstehen ist, darf man also davon ausgehen, dass auch wesentliche individuelle Rechte und Interessen in die Reichweite von Art. 25(1)b fallen.⁸⁹⁵

Abgesehen von den positiven Voraussetzungen des Art. 25(1) unterliegt die Berufung auf den völkergewohnheitsrechtlichen Notstand zwei zusätzlichen Schranken, welche in Art. 25(2) enthalten sind und deren herausragende Bedeutung am deutlichsten der Ausdruck „in any case“ schildert. Zum einen ist nach Art. 25(2)b die Berufung auf den Notstand dann ausgeschlossen, wenn der Staat zu der Notstandslage beigetragen hat, was regelmäßig als Verschuldenskriterium bezeichnet wird.⁸⁹⁶ Die Mitverursachung des Notstandes muss gemäß dem ILC-Kommentar erheblich genug und nicht bloß zufällig oder nebensächlich sein.⁸⁹⁷ Zum anderen muss nach Art. 25(2)a die betroffene völkerrechtliche Verpflichtung die Möglichkeit der Berufung auf einen Notstand nicht ausschließen. Eine Illustration solcher Verpflichtungen bilden die Regeln des humanitären Völkerrechts, welche genau in Situationen außergewöhnlicher Gefahr für den Staat und seine wesentlichen Interessen zur Anwendung kommen.⁸⁹⁸ Der ILC-Kommentar weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass kein ausdrücklicher Ausschluss des Notstandes erforderlich ist, sondern dass ein solcher aus dem Telos des jeweiligen völkerrechtlichen Vertrages herzuleiten ist.⁸⁹⁹ Abschließend kommen sowohl der IGH in seinem Urteil Gabčíkovo-Nagymaros als auch die Völkerrechtskommission überein, dass die Entscheidung, ob die Notstandsbedingungen erfüllt worden sind, nicht dem Ermessen des sich auf den Notstand berufenden Landes unterliegt.⁹⁰⁰ Mit anderen Worten:⁹⁰¹

„[T]he State [invoking the necessity defense] is not the sole judge of whether those conditions have been met.“

Die Folgen der Geltendmachung von Umständen, welche die Rechtswidrigkeit einer an sich völkerrechtswidrigen Handlung ausschließen, sind in Art. 27 der ILC-Artikel niedergelegt.

hq.org/pdf/Foreign%20Investment/Bjorklund%20Emergency%20Exceptions.pdf (zuletzt besucht am 13.09.2007).

⁸⁹⁵ August Reinisch, Necessity in International Arbitration – An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina, JWIT Vol. 8 (2007), S. 191 (201).

⁸⁹⁶ Anne van Aaken, Zwischen Scylla und Charybdis: Völkerrechtlicher Staatsnotstand und Internationaler Investitionsschutz, ZVglRWiss 105 (2006), S. 544 (562).

⁸⁹⁷ Crawford (Fn. 611), S. 205, Rn. 20.

⁸⁹⁸ Cassese (Fn. 650), S. 256.

⁸⁹⁹ Crawford (Fn. 611), S. 205, Rn. 19.

⁹⁰⁰ Jagota (Fn. 887), S. 270; Crawford (Fn. 611), S. 203, Rn. 16.

⁹⁰¹ Gabčíkovo-Nagymaros (Fn. 882), S. 40, Rn. 51 (Hervorgehoben vom Verfasser).

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Kontext die Frage der Entschädigung. Artikel 27(b) sieht diesbezüglich vor, dass:

„The invocation of a circumstance precluding wrongfulness in accordance with this Chapter is without prejudice to:

(b) the question of compensation for any material loss caused by the act in question.“

Folgerichtig kann, muss aber nicht, auch die Berufung auf Notstand zur Leistung von Entschädigung führen. Allerdings werden die Umstände, unter denen eine Entschädigung zahlbar ist, nicht geklärt. Gemäß dem ILC-Kommentar ist die Bestimmung der Entschädigung den Verhandlungen zwischen dem sich auf den Notstand berufenden Staat und den dadurch betroffenen Ländern zu überlassen.⁹⁰²

Die Frage des Notstandes kann überdies neben dem allgemeinen Völkerrecht auch völkervertragsrechtlich geregelt werden. Dies ist der Fall, wenn die maßgeblichen BITs eine entsprechende Klausel enthalten.⁹⁰³ Artikel XI des zwischen den Vereinigten Staaten und der Republik Argentinien abgeschlossenen BIT aus dem Jahre 1991 sieht zum Beispiel vor:

„This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.“

Mittels dieses vertraglichen Notstandsrechts wird nämlich die Anwendbarkeit der durch das BIT festgelegten Investitionsschutzstandards eingeschränkt, wenn die darin aufgezählten außergewöhnlichen Umstände bzw. der Wahrung der öffentlichen Ordnung oder des Schutzes der essentiellen staatlichen Sicherheitsinteressen vorhanden sind. Mit anderen Worten wird unter dem Vorbehalt des Vorliegens spezifischer Umstände dem jeweiligen Gaststaat vertraglich gestattet, ansonsten gegen das BIT verstoßende Handlungen vorzunehmen.⁹⁰⁴

Die Thematik des völkergewohnheitsrechtlichen sowie des völkervertraglichen Notstandes hat innerhalb des ICSID-Schiedsgerichtssystems Relevanz angesichts der Wirtschaftskrise in Argentinien gegen Ende des Jahres 1999 bekommen. Denn für die Bewältigung ihrer finanziellen Schwierigkeiten hatte 2002 die Argentinische Republik spezifische nationale Notstandsmaßnahmen ergriffen. Hierbei wurde unter anderem das bestehende Investitionsvertragsregime, nach dem die Entgelte für die entsprechenden öffentlichen

⁹⁰² Crawford (Fn. 611), S. 221, Rn. 6.

⁹⁰³ van Aaken (Fn. 896), S. 565.

⁹⁰⁴ Burke-White/von Staden (Fn. 157), S. 6.

Dienstleistungen in U.S. Dollar festgelegt waren und den Inflationsentwicklungen des U.S. Dollar angepasst wurden, suspendiert.⁹⁰⁵ Die Parität zwischen Dollar und Peso wurde ferner aufgegeben („Pesifizierung“), und ein freies Wechselkursregime wurde eingeführt, welches zu einer siebzigprozentigen Abwertung des Pesos führte.⁹⁰⁶ Überdies wurden weitere vertragliche Rechte der ausländischen Investoren einseitig suspendiert oder außer Kraft gesetzt.⁹⁰⁷ Zahlreiche ICSID-Schiedsverfahren sind demzufolge gegen Argentinien eingeleitet worden,⁹⁰⁸ bei denen die ausländischen Investoren die Verletzung von mehreren BIT-Standards geltend machten. Vor diesem Hintergrund wurden gegen Argentinien drei ICSID-Schiedsverfahren initiiert, welche U.S.-amerikanische Investitionen im argentinischen Gas-Sektor betreffen. Während die ausländischen Investoren in allen drei Verfahren unter anderem die Verletzung der Pflicht zur Gewährung von „gerechter und billiger Behandlung“, das Vorliegen einer indirekten Enteignung sowie die Verletzung der Abschirmungsklausel des zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Republik Argentinien abgeschlossenen BIT rügten, berief sich der Beklagte auf den völkergewohnheitsrechtlichen Notstand sowie auf die Notstandsklausel des BIT, um dadurch seine völkerrechtliche Verantwortlichkeit auszuschließen. Im folgenden soll somit die Einheitlichkeit der drei den argentinischen Gas-Sektor betreffenden ICSID-Schiedssprüche bezüglich der Subsumtion der argentinischen Wirtschaftskrise unter die Notstandsbedingungen von ILC-Art. 25 sowie im Hinblick auf die Auslegung der bereits dargelegten Notstandsklausel des zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Republik Argentinien abgeschlossenen BIT untersucht werden. Es sei nochmals betont, dass die nachfolgenden Fälle den gleichen faktischen Hintergrund, also die argentinische Wirtschaftskrise, haben, den gleichen Investitionssektor betreffen, und sich auf die Auslegung des gleichen BIT beziehen.⁹⁰⁹

2. Fallstudien

a) CMS v. Argentina (Orrego Vicuña, Lalonde, Rezek), 12.05.2005

Das ICSID-Schiedsgericht befasste sich zunächst mit der Frage, ob die argentinischen Maßnahmen durch das Institut des völkergewohnheitsrechtlichen Notstandes gerechtfertigt werden könnten. Für die Feststellung, ob ein wesentliches Interesse von Argentinien gefährdet

⁹⁰⁵ Dazu siehe auch oben: Zweiter Teil, II, B, 2.

⁹⁰⁶ Für einen Überblick über die argentinische Wirtschaftskrise siehe van Aaken (Fn. 896), S. 545-547.

⁹⁰⁷ David Foster, "Necessity Knows No Law!": LG&E v Argentina, *International Arbitration Law Review* (2006), S. 149 (151).

⁹⁰⁸ Zu den je nach Investitionssektor eingeleiteten ICSID-Schiedsverfahren gegen Argentinien ausführlich Doak Bishop/Roberto Aguirre Luzi, *Investment Claims: First Lessons from Argentina*, in: Weiler (Fn. 447), S. 425 (436-446).

⁹⁰⁹ Zu den Fakten der ersten zwei Verfahren ausführlicher Reinisch (Fn. 895), S. 193-195.

wurde, bezeichnete das Panel als entscheidendes Kriterium den Ernst der Wirtschaftskrise.⁹¹⁰ In diesem Kontext betonte das Tribunal, dass die Notwendigkeit der Verhinderung eines großen Zusammenbruchs mit allen seinen politischen und sozialen Implikationen ein wesentliches Interesse darstellen könnte. Das Tribunal bezeichnete im konkreten Fall die argentinische Krise an sich als ernsthaft („severe“).⁹¹¹ Es könnte allerdings nicht davon ausgegangen werden, dass die Rechtswidrigkeit der argentinischen Handlungen ausgeschlossen werden sollte, denn:⁹¹²

„Situations of this kind are not given in black and white but in many shades of grey.“

Danach führte es aus, dass die der Krise zuzurechnende relative Auswirkung eine Entscheidung zum Ausschluss der Rechtswidrigkeit nicht erlaube.⁹¹³ Mit der gleichen Argumentation wurde auch das Vorliegen einer unmittelbar drohenden Gefahr negiert. Da die Gefahr eines umfassenden Zusammenbruchs nicht gegeben sei und da die Krise sich lediglich relativ auswirke, liege ein Notstand nicht vor.⁹¹⁴ Im Hinblick auf den „Only-Way“-Test unterstrich das Tribunal, dass Streitparteien und anerkannte Ökonomen gegensätzliche Auffassungen äußerten. Einerseits wurden die argentinischen Maßnahmen befürwortet, und andererseits wurde eine Vielfalt von Alternativen besprochen.⁹¹⁵ Unter Berufung auf die strengen, den „Only-Way“-Test regelnden Bedingungen des ILC-Kommentars wurde entschieden, dass die ergriffenen Maßnahmen nicht das einzige zur Verfügung stehende Mittel waren.⁹¹⁶ In Bezug auf die Anforderung von Art. 25(1)b der ILC-Artikel erklärte das Panel, dass keine Beeinträchtigung eines wesentlichen Interesses der Völkerrechtsgemeinschaft erkennbar war.⁹¹⁷ Da aber in den BITs spezifische Verpflichtungen gegenüber einem anderen Staat verkörpert sind, wurde diese Frage der nachfolgenden Prüfung des Vorliegens eines vertraglichen Notstandes vorbehalten. Was das Verschuldenskriterium von Art. 25(2)b anbelangt, wurde eine substantielle Mitverursachung des Notstandes seitens der Argentinischen Republik mit der folgenden Begründung bejaht:⁹¹⁸

⁹¹⁰ CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, Award, ILM Vol. 44 (2005), S. 1205 (1240), Rn. 319.

⁹¹¹ Ebenda, S. 1240, Rn. 320.

⁹¹² Ebenda, S. 1240, Rn. 320.

⁹¹³ Ebenda, S. 1240, Rn. 321: „It follows that the relative effect that can be reasonably attributed to the crisis does not allow for a finding on preclusion of wrongfulness.“

⁹¹⁴ Ebenda, S. 1240, Rn. 322.

⁹¹⁵ Ebenda, S. 1240, Rn. 323.

⁹¹⁶ Ebenda, S. 1240, Rn. 324.

⁹¹⁷ Ebenda, S. 1240, Rn. 325.

⁹¹⁸ Ebenda, S. 1241, Rn. 329.

„The crisis was not of the making of one particular administration and found its roots in the earlier crisis of the 1980s and evolving governmental policies of the 1990s that reached a zenith in 2002 and thereafter. Therefore, the Tribunal observes that government policies and their shortcomings significantly contributed to the crisis and the emergency and while exogenous factors did fuel additional difficulties they do not exempt the Respondent from its responsibility in the matter.“

Aufgrund des Fehlens einer kumulativen Erfüllung der in Art. 25 der ILC-Artikel verankerten Bedingungen wurde das Vorliegen eines völkergewohnheitsrechtlichen Notstandes verneint. Die Untersuchung des Vorhandenseins eines völkervertragsrechtlichen Notstandes im Sinne von Art. XI des U.S.-amerikanisch-argentinischen BIT bildete die Zweite Etappe der Notstandsprüfung des Schiedsgerichts.

In diesem Kontext untersuchte das Schiedsgericht unter anderem, ob durch die argentinischen Maßnahmen wesentliche Interessen anderer Staaten i.S.v. Art. 25(1)b beeinträchtigt worden waren. Dies wurde wie folgt abgelehnt:⁹¹⁹

357. „[...] If the Treaty was made to protect investors it must be assumed that this [the act in question] is an important interest of the States parties.

358. However, be that as it may, the fact is that this particular kind of treaty is also of interest to investors as they are specific beneficiaries and for investors the matter is indeed essential. For the purpose of this case, and looking at the Treaty just in the context of its States parties, the Tribunal concludes that it does not appear that an essential interest of the State to which the obligation exists has been impaired, nor have those of the international community as a whole. Accordingly, the plea of necessity would not be precluded on this count.“

Was die Interpretation von Art. XI an sich betrifft, wollte das Schiedsgericht in erster Linie klären, ob der Ausdruck „essential security interests“ den wirtschaftlichen Notstand einschließen könnte. Das Panel bejahte diese Möglichkeit durch die folgende Vorgehensweise: Wortlaut der Klausel, systematische Auslegung im Lichte des Völkergewohnheitsrechts, was unter Art. 31(3)c WVK subsumierbar ist, und teleologische Interpretation.⁹²⁰ Den letzten Punkt seiner Ausführungen bildete die Frage des „Self-Judging“-Charakters von Art. XI. Unter Verweis auf den Wortlaut von Art. XXI des GATT und auf die Notstandsklauseln bestimmter von den Vereinigten Staaten abgeschlossener BITs stellte das

⁹¹⁹ Ebenda, S. 1244 (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁹²⁰ Ebenda, S. 1244, Rn. 359: „While the text of the Article does not refer to economic crises or difficulties of that particular kind, as concluded above, there is nothing in the context of customary international law or the object and purpose of the Treaty that could on its own exclude major economic crises from the scope of Article XI.“

Tribunal fest, dass eine selbstbeurteilende Klausel eines entsprechend ausdrücklichen Wortlauts bedürfte, denn:⁹²¹

„The first [example - nämlich das GATT -] does not preclude measures adopted by a party “which it considers necessary” for the protection of its security interests. So too, the U.S. – Russia treaty expressly confirms in a Protocol that the non-precluded measures clause is self-judging.“

Hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass alle U.S.-BITs, deren Wortlaut für die Heranziehung des A-contrario-Schlusses berücksichtigt wurden, nach dem Zeitpunkt des Abschlusses des U.S.-argentinischen BIT vereinbart worden waren, also nach dem Jahre 1991.⁹²² Zur Bestätigung des Erfordernisses eines ausdrücklichen Wortlauts für die Bezeichnung einer vertraglichen Notstandsklausel als „self-judging“ nahm das Tribunal ferner auf vergangene IGH-Judikatur sowie auf das Urteil Gabčíkovo-Nagymaros Bezug.⁹²³

Abschließend befasste sich das Panel mit der Frage der Entschädigung gemäß ILC-Art. 27, der dahingehend verstanden wurde, dass:⁹²⁴

„the plea of state of necessity may preclude the wrongfulness of an act, but does not exclude the duty to compensate the owner of the right which had to be sacrificed. [...]

394. It is quite evident then that in the absence of agreement between the parties the duty of the Tribunal in these circumstances is to determine the compensation due.“

Bewertung

Die Feststellung des Vorhandenseins eines Notstands erfolgte im vorliegenden Verfahren aus struktureller Sicht durch eine Unterscheidung zwischen Notstand gemäß dem Völkergewohnheitsrecht und Notstand gemäß dem BIT. Allerdings war aus materiellrechtlicher Sicht die Notstandsprüfung des Schiedsgerichts grundsätzlich den völkergewohnheitsrechtlichen Anforderungen von ILC-Art. 25 untergeordnet. Mit anderen Worten wurde Artikel XI des BIT als Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts behandelt.

In Bezug auf die Notstandsbedingungen des ILC-Art. 25(1)a „wesentliches Interesse“ und „unmittelbar drohende Gefahr“ lässt sich feststellen, dass deren Vorhandensein deshalb verneint wurde, weil nach Ansicht des Tribunals die argentinische Wirtschaftskrise nicht die Schwelle eines umfassenden Zusammenbruchs erreichte. Zugleich berief sich das Panel bei

⁹²¹ Ebenda, S. 1245, Rn. 370 (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁹²² U.S.-Bahrain BIT vom 29.09.1999; U.S.-Russland BIT vom 17.06.1992; U.S.-Mustervertrag von 2004.

⁹²³ Ebenda, S. 1245, Rn. 371-372.

⁹²⁴ Ebenda, S. 1247, Rn. 388 und S. 1248, Rn. 394 (Hervorgehoben vom Verfasser).

der Prüfung beider Notstandselementen auf das abstrakte Konzept der „relativen Auswirkung der Krise“, das nochmals für den Ausschluss eines Notstandsfalles sprach. Genauere Ausführungen zu dem Substrat des wesentlichen Interesses oder zur konkreten Lage Argentiniens fanden nicht statt.⁹²⁵ Die Durchführung des „Only-Way“-Tests erweist sich aus rechtstechnischer Sicht als völlig im Einklang mit den Anforderungen des ILC-Kommentars. Allerdings legte das Tribunal seinerseits keine möglichen Alternativmaßnahmen dar.⁹²⁶ Es scheint nämlich, dass diese Prüfung ausschließlich an einem abstrakten quantitativen Kriterium orientiert war. Während man eine wirtschaftliche Analyse der Stichhaltigkeit der von manchen Ökonomen sowie von dem Beklagten als vorstellbar gehaltenen Alternativen durch das Tribunal nicht erwarten könnte, scheint die Logik, wonach, solange eine andere Reaktion theoretisch möglich wäre, kein Notstand vorliegt, deshalb als ungeeignet, weil dadurch die Möglichkeit der Berufung auf Notstand bei Wirtschaftskrisen praktisch ausgeschlossen wird.⁹²⁷ Etwas analytischer verfährt das Schiedsgericht bei der Frage der Mitverursachung des Notstandes, deren Vorliegen deshalb bejaht wurde, weil die Wirtschaftskrise als Ausfluss der Politik der argentinischen Regierungen seit den neunziger Jahren angesehen wurde, wobei das Schiedsgericht den exogenen Faktoren eine nebensächliche Rolle zuerkannte.

Im Hinblick auf die Behandlung des Notstandes im Kontext des BIT erweisen sich die Ausführungen des Panels zur Frage der ernsthaften Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Staates oder der Staaten, gegenüber denen die Verpflichtung besteht, gemäß Art. 25(1)b gewissermaßen als unklar.⁹²⁸ Denn das Tribunal zeigte sich zuerst bereit, in die Abwägung die individuellen Interessen der Investoren einzuführen, da es diese als wesentlich betroffen betrachtete. Allerdings wurde darauffolgend das BIT aus staatlichem Blickwinkel gelesen.⁹²⁹ Demnach wurde die Bedingung von Art. 25(1)b als erfüllt angesehen, da keine Beeinträchtigung staatlicher Interessen diagnostiziert wurde. Was die Frage der Interpretation von Art. XI per se anbelangt, fand die Feststellung der Deckung des wirtschaftlichen Notstandes von dem Ausdruck „essential security interests“ mittels aller drei Auslegungselemente des Art. 31(1) WVK statt. Die Ablehnung des „Self-Judging“-Charakters von Art. XI erfolgte ihrerseits grundsätzlich durch die Gegenüberstellung des argentinisch-U.S.-amerikanischen BIT mit anderen durch die Vereinigten Staaten abgeschlossenen BITs, welche zeitlich nach dem erstgenannten vereinbart worden waren. Da

⁹²⁵ Vgl. van Aaken (Fn. 896), S. 559.

⁹²⁶ Schill (Fn. 233), S. 291.

⁹²⁷ Vgl. Reinisch (Fn. 895), S. 200.

⁹²⁸ Reinisch (Fn. 895), S. 202.

⁹²⁹ Reinisch (Fn. 895), S. 202.

in den letzteren der selbstbeurteilende Charakter ausdrücklich festgelegt wurde, stellte das Panel durch Umkehrschluss fest, dass eine „Self-Judging“-Wirkung einen entsprechend klaren Wortlaut bedürfte. Mit anderen Worten wurde hier eine restriktive Auslegung vorgeschlagen, wonach im Vordergrund die Vermutung des nichtselbstbeurteilenden Charakters der vertraglichen Notstandsklauseln stand.

Im Hinblick auf die Frage der Entschädigung i.S.v. ILC-Art. 27 ging das Schiedsgericht letztlich davon aus, dass das Vorhandensein eines Notstandes die Pflicht zur Leistung von Entschädigung nicht ausschließen konnte.

b) LG&E v. Argentina (Bogdanowsky de Maekelt, Rezek, van den Berg), 03.10.2006

Das ICSID-Schiedsgericht beschrieb zunächst seine methodologische Herangehensweise. Seine Aufgabe lag darin, zu bestimmen, ob Art. XI des zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Republik Argentinien abgeschlossenen BIT anwendbar war. Die Analyse sollte aus zwei Teilen bestehen. Im ersten Teil sollte festgestellt werden, ob die Umstände in Argentinien eine Berufung auf die vertragliche Notstandsklausel rechtfertigen könnten.⁹³⁰ Im zweiten Teil sollte geklärt werden, ob die argentinischen Maßnahmen erforderlich waren, um die öffentliche Ordnung oder die essentiellen Sicherheitsinteressen von Argentinien gemäß Art. XI zu wahren. In diesem Kontext stellte das Schiedsgericht klar, dass die Ansprüche und die Rechtfertigungsgründe aus dem BIT stammten. Das allgemeine Völkerrecht finde nur insofern Anwendung, als dies für die Auslegung und Anwendung der vertraglichen Vorschriften erforderlich sei.⁹³¹

Zuerst prüfte das Schiedsgericht, ob Art. XI eine selbstbeurteilende Klausel war. Es bemerkte, dass der Wortlaut von Art. XI zunächst nicht aufschlussreich war, und stellte aufgrund der vorliegenden Beweise fest, dass Art. XI keinen „Self-Judging“-Charakter hatte.⁹³² Auf den Willen der Parteien zum Zeitpunkt des Abschlusses des BIT abstellend beschrieb es seine interpretatorische Gedankenlinie wie folgt:⁹³³

„The provisions included in the international treaty are to be interpreted in conformity with the interpretation given and agreed upon by both parties at the time of its signature, unless both parties agreed to its modification. In that case, the date to be considered is November 1991. It is not until 1992, with the ratification of the Russia – US BIT, that the United States begins to consider that the application of the essential security measures are *self judging*; both instruments

⁹³⁰ LG&E Energy Corporation (u.a.) v. Argentine Republic, Decision on Liability, ICSID Review/FILJ Vol. 21, (2006), S. 203 (253), Rn. 205.

⁹³¹ Ebenda, S. 253, Rn. 206.

⁹³² Ebenda, S. 254, Rn. 212.

⁹³³ Ebenda, S. 255, Rn. 213 (Hervorgehoben vom Verfasser).

post-date the bilateral treaty between the United States and the Argentine Republic and, in both cases, this change was explicitly clarified.“

Im Anschluss hieran prüfte das Schiedsgericht, ob die argentinische Wirtschaftskrise in den Schutzbereich von Art. XI fallen konnte. Nach einer sehr ausführlichen Befassung mit den wirtschaftlichen, sozialen und politischen Umständen, welche in Argentinien während der Krise herrschten,⁹³⁴ bestätigte das Tribunal, dass der Schutz des Art. XI aktiviert wurde.⁹³⁵ Die Ernst der Krise an sich wurde als „extremely severe“ bezeichnet⁹³⁶ und einer militärischen Invasion gleichgesetzt, welche unter der Formulierung des BIT „essential security interests“ subsumierbar war.⁹³⁷

Der U.S.-amerikanische Investor machte weiterhin geltend, dass die argentinischen Maßnahmen den „Only-Way“-Test nicht bestehen konnten.⁹³⁸ Dieser Einwand wurde vom Schiedsgericht im Lichte des Art. XI behandelt und aufgrund einer Legitimitäts- und Erforderlichkeitsprüfung zurückgewiesen. Im Hinblick auf den Legitimitätstest führte das Schiedsgericht aus:⁹³⁹

„A State may have several responses at its disposal to maintain public order or protect its essential security interests. In this sense, it is recognized that Argentina’s suspension of the calculation of tariffs in U.S. dollars and the PPI adjustment of tariffs was a legitimate way of protecting its social and economic system.“

Hiernach wurde die argentinische Notstandsgesetzgebung als eine erforderliche und legitime Maßnahme unter Berücksichtigung der zeitlichen Dimension ihrer Verabschiedung bezeichnet.⁹⁴⁰ Im Mittelpunkt der Ausführungen des Schiedsgericht stand aber die im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung vorgenommene Abwägung zwischen der bereits als extrem gravierend charakterisierten Krise und den seitens Argentinien ergriffenen Maßnahmen.⁹⁴¹

„The Tribunal accepts that the provisions of the Emergency Law that abrogated calculation of the tariffs in U.S. dollars and PPI adjustments, as well as freezing tariffs were necessary

⁹³⁴ Ebenda, S. 257-259, Rn. 227-236.

⁹³⁵ Ebenda, S. 259, Rn. 237.

⁹³⁶ Ebenda, S. 258, Rn. 231.

⁹³⁷ Ebenda, S. 260, Rn. 238 i.V.m. S. 257, Rn. 226.

⁹³⁸ Ebenda, S. 260, Rn. 239.

⁹³⁹ Ebenda, S. 260, Rn. 239.

⁹⁴⁰ Ebenda, S. 260, Rn. 241: „The Tribunal has determined that Argentina’s enactment of the Emergency Law was a necessary and legitimate measure on the part of the Argentine Government. Under the conditions the Government faced in December 2001, time was of the essence in crafting a response. Drafted in just six days, the Emergency Law took the swift, unilateral action against the economic crisis that was necessary at the time (Hearing on the Merits, 25 January 2005, Ratti, Spanish Transcript, pp. 415-419).“

⁹⁴¹ Ebenda, S. 260-261, Rn. 242.

measures to deal with the extremely serious economic crisis. Indeed, it would be unreasonable to conclude that during this period the Government should have implemented a tariff increase pursuant to an index pegged to an economy experiencing a high inflationary period (the United States). The severe devaluation of the peso against the dollar renders the Government's decision to abandon the calculation of tariffs in dollars reasonable. Similarly, the Government deemed that freezing gas tariffs altogether during the crisis period was necessary[.]“

Im Ergebnis bezeichnete das Panel die Verletzungen des BIT durch die Wirkung der vertraglichen Notstandsklausel als gerechtfertigt.⁹⁴² In diesem Zusammenhang führte es aus, dass der den völkerrechtlichen Notstand reflektierende ILC-Artikel 25 seine Schlussfolgerung bestätigte. Daher befasste es sich bestätigungshalber mit den in Art. 25 niedergelegten völkergewohnheitsrechtlichen Notstandsbedingungen.

Eine Mitverursachung des Notstandes seitens Argentinien wurde unter anderem deshalb verneint, weil der Kläger nicht bewiesen hatte, dass der Beklagte zu der Notstandssituation beigetragen hatte.⁹⁴³ Hiernach wies das Tribunal darauf hin, dass wesentliche Interessen von Argentinien gefährdet wurden, denn:⁹⁴⁴

„It faced an extremely serious threat to its existence, its political and economic survival, to the possibility of maintaining its essential services in operation, and to the preservation of its internal peace.“

Die Bedingung des „Only-Way“-Tests wurde als erfüllt angesehen mit der Begründung, dass:⁹⁴⁵

„an economic recovery package was the only means to respond to the crisis. Although there may have been a number of ways to draft the economic recovery plan, the evidence before the Tribunal demonstrates that an across-the-board response was necessary, and the tariffs on public utilities had to be addressed.“

Eine Befassung mit der Frage der ernsthaften Beeinträchtigung von Interessen anderer Staaten fand nicht statt, denn nach Ansicht des Panels:⁹⁴⁶

„It cannot be said that any other State's rights were seriously impaired by the measures taken by Argentina during the crisis.“

⁹⁴² Ebenda, S. 261, Rn. 245.

⁹⁴³ Ebenda, S. 265, Rn. 256.

⁹⁴⁴ Ebenda, S. 265, Rn. 257 (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁹⁴⁵ Ebenda, S. 265, Rn. 257 (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁹⁴⁶ Ebenda, S. 265, Rn. 257.

Zuletzt setzte sich das Schiedsgericht mit der Frage der Entschädigung gemäß ILC-Art. 27 auseinander. Nur auf den Wortlaut dieser Vorschrift fokussierend wurde der Beklagte von der Zahlung von Entschädigung für die durch den Wirtschaftsnotstand verursachten Schaden befreit, denn ILC-Artikel 27:⁹⁴⁷

„does not specify if compensation is payable during the state of necessity or whether the State should reassume its obligations. [...] [T]his Tribunal has decided that the damages suffered during the state of necessity should be borne by the investor.“

Bewertung

Methodologisch erfolgte die Feststellung des Vorhandenseins eines Notstands im Falle LG&E über Artikel XI des BIT. Im Gegensatz zu dem Verfahren CMS kam hier in erster Linie nicht der völkergewohnheitsrechtliche Notstand gemäß ILC-Art. 25, sondern das Völkervertragsrecht zur Anwendung, was als *lex specialis* zu dem Völkergewohnheitsrecht betrachtet wurde. Dieser Vorgang brachte wichtige qualitative Unterschiede zwischen den beiden Verfahren mit sich.

Das Tribunal prüfte zuerst, ob Art. XI „Self-Judging“-Charakter besaß. Im Mittelpunkt stand das Erfordernis der Feststellung des Willens der staatlichen Parteien des BIT im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, was der „Ordinary-Meaning“-Regel gemäß Art. 31(1) WVK entspricht. Im Gegensatz dazu wurde Art. XI im Verfahren CMS ohne diese zeitliche Schranke interpretiert, weil die Auslegung grundsätzlich auf einem *A-contrario*-Schluss beruhte, was das restriktive Verständnis zur Folge hatte, dass eine selbstbeurteilende Klausel eines entsprechend klaren Wortlauts bedürfte. Die hier vorgenommene Interpretation ist ihrerseits weniger kategorisch, denn sie ist ausschließlich vertragsbezogen. Die selbstbeurteilende Natur wurde zwar im konkreten Fall verneint, aber interpretatorisch wurde diese Frage je nach BIT offen gelassen. Hervorzuheben ist, dass im vorliegenden Schiedsspruch die entsprechenden IGH-Urteile, welche im Falle CMS bestätigungshalber herangezogen wurden, nicht berücksichtigt wurden. Diese Unterlassung lässt sich dadurch erklären, dass die Prüfung im Rahmen des *Lex-specialis*-Regimes des BIT stattfand.

Als zweiter Punkt kam die Bewertung des Ernstes der argentinischen Wirtschaftskrise. Abgesehen davon, dass das Tribunal sich in ausführlicher Weise mit den in Argentinien während der Krise herrschenden Umständen befasste, ist es offensichtlich, dass es auf einen Rückgriff auf das abstrakte Konzept der relativen Auswirkung der Krise verzichtete.

⁹⁴⁷ Ebenda, S. 266, Rn. 260 und S. 267, Rn. 264 (Hervorgehoben vom Verfasser).

Vielmehr wurde dem gleichen Ereignis, also der Wirtschaftskrise, eine andere Intensität als im Falle CMS zuerkannt. Denn im vorliegenden Fall wurde sie als ein mit einer militärischen Intervention gleichstehender Zusammenbruch bezeichnet, der in der Lage war, den vertraglichen Notstandsschutz zu aktivieren.

Die Befassung des Tribunals mit dem Argument des Klägers, der „Only-Way“-Test sei nicht bestanden, spiegelt in vollem Umfang den verschiedenen Bewertungsmaßstab wider, den die Behandlung des BIT als *lex specialis* mit sich bringen kann. Denn anstelle des rigorosen völkergewohnheitsrechtlichen „Only-Way“-Tests wurde im Rahmen des BIT eine Legitimitäts- und Erforderlichkeitsprüfung vorgenommen, was auf den im Art. XI enthaltenen Ausdruck „necessary“ zurückzuführen ist. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass auch die nachfolgende Auseinandersetzung des Schiedsgerichts mit dem „Only-Way“-Test im Rahmen des ILC-Art. 25 durch den Erforderlichkeitsgedanken geprägt war, da das Panel auch an dieser Stelle davon ausging, dass „an across-the-board response was necessary.“ Mit anderen Worten erweist sich die hier vorgenommene „Only-Way“-Prüfung als deutlich milder.

Was die weiteren Einzelaspekte des völkergewohnheitsrechtlichen Notstandes anbelangt, sind folgende Anmerkungen notwendig: Im Gegensatz zum Fall CMS bejahte hier das ICSID-Tribunal, dass ein wesentliches argentinisches Interesse gemäß ILC-Art. 25(1)a gefährdet wurde, indem die Wirtschaftskrise als eine Existenzbedrohung qualifiziert wurde. Dies scheint logisch, da die Krise bereits bei der Subsumtion unter Art. XI des BIT einer militärischen Invasion gleichgesetzt wurde. Zweitens ging das Schiedsgericht im Falle LG&E nicht auf die Frage der ernsthaften Beeinträchtigung wesentlicher Interessen anderer Staaten durch die argentinischen Handlungen im Sinne von ILC-Art. 25(1)b ein. Wichtiger als die letztgenannte Unterlassung ist drittens die Tatsache, dass nach Ansicht des hier entscheidenden Panels der Investor eine Mitverursachung des Notstandes beweisen musste. An dieser Stelle wird nicht nur nicht erklärt, wie diese Beweislastregel entstand, sondern wird durch eine solche Beweislastregel der Notstand in einen quasiselbstbeurteilenden Rechtfertigungsgrund transformiert, was das Schiedsgericht bereits abgelehnt hatte.⁹⁴⁸ Freilich steht die Schlussfolgerung des Panels, dass keine Mitverursachung vorlag, der des CMS-Verfahrens entgegen. In gegensätzlicher Weise wurde viertens auch die Frage der Entschädigung gemäß Art. 27(b) interpretiert, da das Schiedsgericht ausschließlich unter

⁹⁴⁸ Reinisch (Fn. 895), S. 203.

Bezugnahme auf den Wortlaut dieser Vorschrift davon ausging, dass sie die Pflicht zur Zahlung von Entschädigung ausschließen konnte.⁹⁴⁹

Im Ergebnis steht der Schiedsspruch LG&E dem Schiedsspruch CMS diametral gegenüber. Es ist weiterhin zu bemerken, dass im vorliegenden Fall die Ausführung des ICSID-Panels im Verfahren CMS zur Frage des Notstandes nicht einmal erwähnt wurden.

c) Enron v. Argentina (Orrego Vicuña, van den Berg, Tschanz), 22.05.2007

Das ICSID-Schiedsgericht befasste sich zunächst mit der Frage, ob die argentinischen Maßnahmen die in ILC-Art. 25 verankerten Bedingungen erfüllen könnten. Es wurde zuerst darauf hingewiesen, dass die Krise in der Tat ernsthaft („severe“) war.⁹⁵⁰ Dies genügte aber nicht, um zu rechtfertigen, dass ein wesentliches Interesse von Argentinien gefährdet wurde, denn:⁹⁵¹

„Questions of public order and social unrest could be handled as in fact they were, just as questions of political stabilization were handled under the constitutional arrangements in force.“

Im Hinblick auf die Bedingung des Vorliegens einer schweren und unmittelbar drohenden Gefahr wurde es bemerkt, dass es keine überzeugenden Beweise vorhanden waren, dass die Wirtschaftskrise außer Kontrolle stand oder unbehandelbar geworden war.⁹⁵² Bei der Anwendung des „Only-Way“-Tests wies ferner das Schiedsgericht darauf hin, dass:⁹⁵³

„there are always many approaches to address and correct such critical events, and it is difficult to justify that none of them were available in the Argentine case.“

Nachdem das Schiedsgericht bemerkte, dass die Frage der Beeinträchtigung wesentlicher Interessen anderer Staaten im Kontext der sich aus dem BIT ergebenden Verpflichtungen behandelt werden musste,⁹⁵⁴ ging es auf die Mitverursachung des Notstandes ein. In diesem Zusammenhang wurde entschieden, dass die die Krise auslösenden Faktoren gewissermaßen sowohl exogener als auch endogener Natur waren.⁹⁵⁵ Dies bedeutete, dass:⁹⁵⁶

⁹⁴⁹ Vgl. auch die Kritik von Reinisch (Fn. 895), S. 207.

⁹⁵⁰ Enron Corporation (u.a.) v. Argentine Republic, Award, Rn. 306, abrufbar unter <http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron-Award.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

⁹⁵¹ Ebenda, Rn. 306.

⁹⁵² Ebenda, Rn. 307.

⁹⁵³ Ebenda, Rn. 308.

⁹⁵⁴ Ebenda, Rn. 310.

⁹⁵⁵ Ebenda, Rn. 311.

⁹⁵⁶ Ebenda, Rn. 312.

„to an extent there has been a substantial contribution of the State to the situation of necessity and that it cannot be claimed that the burden falls entirely on exogenous factors. This has not been the making of a particular administration as it is a problem that had been compounding its effects for a decade, but still the State must answer as a whole.“

Aufgrund des Fehlens einer kumulativen Erfüllung der Notstandsbedingungen lag ein völkergewohnheitsrechtlicher Notstand nicht vor.⁹⁵⁷ Im Anschluss hieran wurde eine separate Prüfung vorgenommen, ob ein völkervertragsrechtlicher Notstand im Sinne von Art. XI des BIT vorhanden war.

Das Schiedsgericht befasste zunächst mit der Frage, ob Artikel XI selbstbeurteilend war. In diesem Rahmen äußerte es sich auch zu dem Thema, ob die Notstandsprüfung vom Völkervertrags- oder vom Völkergewohnheitsrecht beherrscht werde.

In erster Linie wurde klargestellt, dass das BIT darauf abziele, in Situationen von wirtschaftlichen Schwierigkeiten und Not zur Anwendung zu kommen, welche den Schutz der völkerrechtlich gesicherten Rechte ihrer Begünstigten erfordern.⁹⁵⁸ Auf der Basis dieses teleologischen Verständnisses wurde die Schlussfolgerung gezogen, dass eine Auslegung, die eine Befreiung von den völkervertraglichen Verpflichtungen zur Folge hätte, mit dem Telos des BIT nicht im Einklang stünde. Daher wäre, so das Tribunal, eine restriktive Interpretation von solchen Alternativen obligatorisch.⁹⁵⁹ Dieser Auslegungslinie wurde danach auf Art. XI angewandt. Würde Art. XI als selbstbeurteilend interpretiert, so das Panel, dann würde eine solche Interpretation dem Telos des BIT widersprechen.⁹⁶⁰

Hiernach stellte das Tribunal auf den Wortlaut von Art. XI ab. Die Tatsache, dass das BIT nicht erklärte, was der Ausdruck „essential security interests“ bedeutete, machte die Berufung auf dem völkergewohnheitsrechtlichen Notstand im Sinne von ILC-Art. 25 erforderlich.⁹⁶¹ In diesem Kontext setzte sich das Tribunal mit der Lex-specialis-Natur des BIT gegenüber dem Völkergewohnheitsrecht auseinander wie folgt:⁹⁶²

„The expert opinion of Dean Slaughter and Professor Burke-White expresses the view that the treaty regime is different and separate from customary law as it is *lex specialis*. This is no doubt correct in terms that a treaty regime specifically dealing with a given matter will prevail over more general rules of customary law. Had this been the case here the Tribunal would have started out its considerations on the basis of the Treaty provision and would have resorted to the

⁹⁵⁷ Ebenda, Rn. 313.

⁹⁵⁸ Ebenda, Rn. 331.

⁹⁵⁹ Ebenda, Rn. 331.

⁹⁶⁰ Ebenda, Rn. 332.

⁹⁶¹ Ebenda, Rn. 333.

⁹⁶² Ebenda, Rn. 334 (Hervorgehoben vom Verfasser).

Articles on State Responsibility only as a supplementary means. But the problem is that the Treaty itself did not deal with these elements. The Treaty thus becomes inseparable from the customary law standard insofar as the conditions for the operation of state of necessity are concerned. As concluded above, such requirements and conditions have not been fully met in the instant case.“

Nach dieser Schilderung einer wohl als systematische Interpretation von Art. XI des BIT im Lichte des Völkergewohnheitsrechts i.S.v. Art. 31(3)c WVK zu bezeichnenden Herangehensweise erklärte das Tribunal, dass Ausnahmenvorschriften wie eine „Self-Judging“-Klausel eines entsprechend klaren Wortlauts bedürften.⁹⁶³ Zur Bestätigung dieser Feststellung nahm das Tribunal unter anderem auf die frühere IGH-Judikatur einschließlich des Urteils *Gabčíkovo-Nagymaros* Bezug.⁹⁶⁴ Das Ergebnis lautete, Artikel XI des BIT besitze keinen selbstbeurteilenden Charakter.

Den letzten Punkt der Ausführungen des Panels bezüglich der Erfüllung der völkergewohnheitsrechtlichen Notstandsbedingungen bildete ILC-Art. 25(1)b. Es stellte zunächst fest, dass keine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen anderer Staaten identifizierbar war.⁹⁶⁵ Dennoch wurde diese Frage darüber hinausgehend auch im Kontext des BIT behandelt. Demzufolge befand das Panel, dass wesentliche individuelle Interessen verletzt wurden:⁹⁶⁶

„[I]n the context of investment treaties there is still the need to take into consideration the interests of the private entities who are the ultimate beneficiaries of those obligations[.] [...] The essential interest of the Claimants would certainly be seriously impaired by the operation of Article XI or state of necessity in this case.“

Auf den ILC-Kommentar verweisend führte das Schiedsgericht abschließend im Hinblick auf die Frage der Entschädigung gemäß ILC-Art. 27 aus, dass:⁹⁶⁷

„Although that Article does not specify the circumstances in which compensation should be payable because of the range of possible situations, it has also been considered that this is a matter to be agreed with the affected party, thereby not excluding the possibility of an eventual compensation for past events. In the absence of a negotiated settlement between the parties, this determination is to be made by the Tribunal to which the dispute has been submitted.“

⁹⁶³ Ebenda, Rn. 335.

⁹⁶⁴ Ebenda, Rn. 336.

⁹⁶⁵ Ebenda, Rn. 341.

⁹⁶⁶ Ebenda, Rn. 342 (Hervorgehoben vom Verfasser).

⁹⁶⁷ Ebenda, Rn. 345.

Bewertung

Im vorliegenden ICSID-Schiedsverfahren wurde der völkervertragsrechtliche Notstand des Art. XI als Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts behandelt, da die Notstandsprüfung grundsätzlich auf der Basis des ILC-Art. 25 erfolgte. Die hier vorgenommene methodologische Herangehensweise steht also der des Falles LG&E entgegen. Mit anderen Worten kam im vorliegenden Schiedsspruch eine anspruchsvollere Notstandsprüfung zur Anwendung. Der interpretatorische Grund dafür liegt darin, dass das BIT nicht als *lex specialis* zum Völkergewohnheitsrecht behandelt wurde, sondern wegen des nicht aufschlussreichen Ausdrucks „essential security interests“ im Lichte des Völkergewohnheitsrechts interpretiert wurde, was als eine systematische Auslegung im Sinne von Art. 31(3)c WVK qualifiziert werden kann.

Die Art und Weise der Auseinandersetzung des ICSID-Panels im Falle Enron mit den Notstandselementen des ILC-Art. 25 „wesentliches Interesse“, „unmittelbar drohende Gefahr“, „Only-Way“-Test“ und „Mitteverursachung des Notstandes“ sowie die Auslegung der Entschädigungsvorschrift des ILC-Art. 27(b) entsprechen grundsätzlich dem Schiedsverfahren CMS, wo das gleiche methodologische Vorgehen gewählt wurde.⁹⁶⁸ Konsequenterweise erweisen sich in diesen Punkten die Schiedssprüche Enron und LG&E als gegensätzlich miteinander.⁹⁶⁹

Von besonderer Bedeutung sind weiterhin die Ausführungen des Schiedsgerichts bezüglich der selbstbeurteilenden Natur von Art. XI und der Interessenbeeinträchtigung gemäß ILC-Art. 25(1)b. Im Rahmen der Interessenabwägung gemäß Art. 25(1)b bejahte das Tribunal die Beeinträchtigung von wesentlichen nicht staatlichen, sondern individuellen Interessen. In diesem Punkt erweist sich das Verständnis des völkergewohnheitsrechtlichen Notstandes gemäß dem Verfahren Enron als strenger im Vergleich zu dem Fall CMS, wo im Endeffekt nur auf staatliche Interessen abgestellt und deren Beeinträchtigung verneint wurde. Auch lässt sich nicht übersehen, dass die Auslegung des BIT bei der Untersuchung des „Self-Judging“-Charakters von Art. XI als Ausgangspunkt das teleologische Element hatte. Aufgrund dessen ging das Tribunal davon aus, dass Art. XI in restriktiver Weise interpretiert werden müsse, weil er eine Befreiung von den in dem BIT niedergelegten Verpflichtungen bewirke, was dem Telos des BIT entgegenstehe. Anders als im Falle LG&E, wo eine diesbezügliche annahmefreie und fallbezogene Auslegung vorgenommen wurde, beruhte die Interpretation im vorliegenden Verfahren auf einer Vermutung, welche prinzipielle Geltung beanspruchte.

⁹⁶⁸ Vgl. dazu oben: Dritter Teil, II, E, 2, a).

⁹⁶⁹ Vgl. dazu oben: Dritter Teil, II, E, 2, b), Bewertung.

Es ist im Ergebnis festzuhalten, dass im Falle Enron die methodologische Herangehensweise und die notstandsbezogenen Einzelaspekte im Vergleich zum Verfahren LG&E umgekehrt wurden. Hervorzuheben ist auch, dass bei der Befassung mit der Frage des Notstandes die Ausführungen des Schiedsspruchs LG&E kaum berücksichtigt wurden.

3. Ergebnis

Die Analyse der ICSID-Rechtsprechung zur Frage des Notstandes illustriert, dass die auf den gleichen Sachverhalt beruhenden, den gleichen Investitionssektor betreffenden und sich auf die Anwendung und Interpretation der gleichen Vorschriften bezogenen ICSID-Schiedssprüche erhebliche Diskrepanzen aufweisen.

Die jeweils im Jahre 2005 und 2007 gefällten Schiedssprüche in den Verfahren CMS und Enron haben das Vorliegen eines Notstandsfalles verneint. Im Gegensatz dazu wurde 2006 im Verfahren LG&E der Notstand als Rechtfertigungsgrund für die Beeinträchtigung der Investitionen von U.S.-amerikanischen Gesellschaften im argentinischen Gas-Sektor während der argentinischen Wirtschaftskrise akzeptiert. Diese Widersprüche sind auf die verschiedenen methodologischen Herangehensweisen der ICSID-Panels zurückzuführen, welche verschiedene Notstandstandards setzen. Während nämlich in den Verfahren CMS und Enron Art. XI als Bestandteil des völkergewohnheitsrechtlichen Notstandes behandelt wurde und daher primär ILC-Art. 25 zur Anwendung kam, was laut den Ausführungen des ICSID-Tribunals im Verfahren Enron auf die systematische Auslegung des Art. XI des BIT i.S.v. Art. 31(3)c zurückgeführt werden kann, betrachtete das Tribunal im Verfahren LG&E Art. XI als *lex specialis* zum allgemeinen Völkerrecht. Dies hatte zur Folge, dass die Notstandsprüfung im Falle LG&E milder als die in den Fällen CMS und Enron war.

Insbesondere wurden die Einzelaspekte des völkergewohnheitsrechtlichen Notstandes „wesentliches Interesse“, dessen Vorhandensein von der Qualifizierung der Wirtschaftskrise als extrem gravierend bzw. katastrophal abhängig war, „Mitverursachung des Notstandes“ und „Only-Way“-Test“ sowie die Frage der Entschädigung gemäß ILC-Art. 27 durch die ICSID-Panels in den Verfahren CMS und Enron zum einen und dem Schiedsgericht im Falle LG&E zum anderen in konträrer Weise beurteilt. Was die Auslegung von Art. XI anbelangt, gingen die Schiedsgerichte in allen drei Verfahren davon aus, dass es keine selbstbeurteilende Klausel war, aber mit erheblichen interpretatorischen Unterschieden. Denn anders als im Falle LG&E erfolgte die Auslegung von Art. XI in den Schiedssprüchen CMS und Enron mittels der Vermutung, dass der selbstbeurteilende Charakter eines entsprechend klaren Wortlautes bedürfte.

Differenzen sind außerdem auch innerhalb der Schiedssprüche identifizierbar, welche dem gleichen methodologischen Vorgang folgten. Denn bei der Interessenabwägung wurde im Verfahren Enron nicht nur die Beeinträchtigung von staatlichen, sondern auch von individuellen Interessen berücksichtigt, und anders als im Verfahren CMS wurde im Ergebnis das Vorliegen einer Interessenbeeinträchtigung gemäß Art. 25(1)b bejaht. Angesichts der Tatsache, dass fast bei jeder Berufung auf Notstand im investitionsrechtlichen Kontext eine erhebliche Beeinträchtigung von Interessen der Investoren vorhanden sein wird, lässt sich feststellen, dass die Erfüllung des Standards des Notstandes im Falle Enron auf olympische Höhe gesetzt wurde.

Letztlich erwecken die Ausführungen der Schiedsgerichte in den Fällen LG&E und Enron den Anschein, dass sie sich in einem präzedenzlosen Raum befinden. Das Schiedsgericht im Verfahren LG&E hat den früher gefällten Schiedsspruch im Falle CMS bei der Behandlung des Notstandes kaum berücksichtigt. Ebenso wenig erwähnte das ICSID-Tribunal im Verfahren Enron bei der Notstandsprüfung den früher entschiedenen Fall LG&E. Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch, dass in beiden Verfahren ein Schiedsrichter beteiligt war, der auf der Richterbank des ICSID-Tribunals saß, das den früheren und konträren Schiedsspruch erlassen hatte. Somit ergibt sich das Duell: CMS-LGE und LGE-Enron. Überblickt man die Zusammensetzung der Panels jedoch vorsichtiger, dann stellt man fest, dass die das gleiche methodologische Vorgehen befolgenden Schiedsverfahren CMS und Enron unter dem gleichen Panelvorsitzenden durchgeführt worden waren, der darüber hinausgehend, anders als im Falle LG&E, wo der Panelvorsitzender im gegenseitigen Einvernehmen von den Parteien ernannt wurde,⁹⁷⁰ vom ICSID-Zentrum nach Konsultationen mit den Streitparteien ernannt worden war.⁹⁷¹ Abgesehen davon, dass der Standard des Notstandes je nach Panel variierte, sprechen also gute Gründe dafür, dass die methodologische Herangehensweise und demzufolge der Ausgang des Schiedsspruchs in den hier behandelten Fällen erheblich vom jeweiligen Panelvorsitzenden beeinflusst wurde.

⁹⁷⁰ LG&E (Fn. 930), S. 208, Rn. 6.

⁹⁷¹ CMS (Fn. 910), S. 1207, Rn. 11; Enron (Fn. 950), Rn. 12.

III. Bewertung der Homogenitätsprüfung: Heterogenität

Das ICSID-System bezweckt, Investitionen durch die gerechte Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zu fördern. Denn obwohl das ICSID-Übereinkommen fast ausschließlich das Procedere der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten regelt, basiert die rechtliche Dimension des ganzen Systems auf dem materiellrechtlichen Grundsatz der neutralen und unabhängigen Streitbeilegung. Die Schöpfer des ICSID-Systems waren Mitte der sechziger Jahre der Überzeugung, dass das ICSID-Übereinkommen ein sorgsames Gleichgewicht zwischen den Interessen der Investoren und denen der Gaststaaten aufrechterhalte.⁹⁷² Allerdings zeigen weder der Text des ICSID-Übereinkommens noch seine Schiedsordnung oder seine entstehungsgeschichtlichen Dokumente, dass man sich ernsthaft Gedanken um die Sicherung der Einheitlichkeit der ICSID-Rechtsprechung gemacht hätte. Dieses institutionelle Defizit zeigt sich heutzutage in einer äußerst heterogenen Judikatur. Denn aus den dargelegten Schiedssprüchen ergibt sich, dass identische beziehungsweise gleichlautende Vorschriften durch die jeweiligen Panels je nach deren Zusammensetzung in unterschiedlicher Weise angewandt und interpretiert werden. Hinzu kommt das Phänomen der alarmierenden Feindseligkeit mancher ICSID-Schiedssprüche gegenüber anderen ICSID-Schiedsverfahren sowie die Tatsache, dass einige ICSID-Tribunale selbst anerkennen, dass die ICSID-Judikatur sich in konträrer Weise entwickelt.

Aufgrund der vorgenommenen Homogenitätsprüfung ergibt sich zunächst, dass das Auslegungsverfahren der ICSID-Schiedsgerichte jeweils von unterschiedlichen Ansätzen geleitet wird. Entscheidend für die Formulierung der jeweiligen Interpretationsansätze sind bestimmte, durch die jeweiligen ICSID-Schiedsgerichte zugrunde gelegte Rechtsprinzipien. In Bezug auf die Zuständigkeit der ICSID-Tribunale für reine Vertragsverletzungen mittels Abschirmungsklauseln wurde somit in den Schiedsverfahren Noble Ventures und SGS-Philippinen durch eine Berufung auf die Präambel der jeweiligen BITs ein investorfreundlicher Ansatz abgeleitet. In gleicher Weise formulierte das ICSID-Schiedsgericht im Verfahren Siemens bezüglich der Frage der Ausdehnung des Anwendungsbereiches der MFN-Klausel auf verfahrensrechtliche Vorschriften eine investorfreundliche Vermutung. Hingegen beruhte der Auslegungsprozess der ICSID-Schiedsgerichte in den eine derartige Ausweitung der MFN-Klausel auf Streitbeilegungsvorschriften betreffenden Verfahren Plama und Telenor aufgrund des

⁹⁷² Ex. Dir. Rep., Rn. 13(1) lautet: „While the broad objective of the Convention is to encourage a larger flow of private international investment, the provisions of the Convention maintain a careful balance between the interests of investors and those of host States.“

Grundsatzes, wonach eine Schiedsvereinbarung eines klaren und eindeutigen Wortlauts bedarf, auf einem gaststaatsfreundlichen Ansatz. Von einer solchen Vermutung ließ sich auch das Schiedsgericht zur Frage der „elevator“-Funktion der Abschirmungsklausel im SGS-Pakistan-Verfahren leiten, da die Interpretation auf die Maxime in dubio mitius gründete. Freilich entsprach der Ausgang dieser Verfahren der jeweiligen durch die ICSID-Panels angenommenen Vermutungen. Die Formulierung solch entgegengesetzter Vermutungen, welche den Gang der Interpretation und daher den Ausgang eines Verfahrens gewissermaßen determinieren, spiegelt die Problematik der Befangenheit der Urteilenden in „Vorurteilen“ je nach deren Herkunft, Ausbildung und sozialem Umfeld wieder, nämlich die Frage des unterschiedlichen Vorverständnisses.⁹⁷³ Denn obwohl die in der WVK niedergelegten Auslegungsregeln relativ klar sind, vermögen diese Regeln an sich das Problem eines unterschiedlichen Vorverständnisses nicht zu lösen. Während also für manche ICSID-Panels aus interpretatorischer Sicht der Schutz der Interessen des Investors im Vordergrund steht, genießt für andere ICSID-Tribunale der Schutz der Interessen des Gaststaates den Vorrang. Das Einflusspotential solcher „Vorurteile“ wird allerdings eingeschränkt, wenn ein Rechtssystem - im konkreten Fall das ICSID-Schiedsgerichtssystem - selbst die Maßstäbe bestimmt, an denen sich die Interpretation zu orientieren hat. Das ICSID-System seinerseits fordert eine rechtsökonomische Neutralität, ohne den Schutz der Interessen des Gastlandes oder des Investors als vorrangig zu bezeichnen. Das Bedürfnis nach einer ausgewogenen und neutralen Orientierung der Interpretation wurde durch die ICSID-Tribunale in den Schiedsverfahren El Paso und Pan American mit äußerst kritischem Anklang betont. Es zeigt sich somit, dass die Rechtsprechung der ICSID-Schiedsgerichte durch ein ideologisches Ungleichgewicht gekennzeichnet ist. Insofern lässt sich auf der Oberebene des Vorverständnisses eine Zersplitterung der Rechtsprechung der ICSID-Schiedsgerichte in drei unterschiedliche Richtungen feststellen.

Von besonderer Bedeutung ist aber die Tatsache, dass die Unterstellung des Interpretationsprozesses unter bestimmte souveränitäts- oder investorfremdliche „Vorurteile“ nicht der neutralen rechtsökonomischen Zielsetzung des ICSID-Systems entspricht. In diesem Zusammenhang sollte man nicht übersehen, dass die erheblich durch „Vorurteile“ geprägte ICSID-Judikatur vor kurzem auch auf politischer Ebene kritisiert wurde. Am 2. Mai 2007 wurde das ICSID-Übereinkommen zum ersten Mal in seiner sich auf über vierzig Jahre

⁹⁷³ Vgl. etwa Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Springer Verlag, Berlin (u.a.), 1995, S. 32 sowie Wolfgang Gast, Juristische Rhetorik, 4. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, S. 246, Rn. 659-660.

erstreckenden Geschichte gekündigt, nämlich von Bolivien.⁹⁷⁴ Das bolivianische Außenministerium begründete diese Handlungsweise unter anderem dadurch, dass die ICSID-Judikatur an Heterogenität und an Ideologisierung leide.⁹⁷⁵ Grob gesagt: Die nicht die neutrale rechtsökonomische Zielsetzung des ICSID-Systems widerspiegelnden Vorverständnisse stellen die Vertrauenswürdigkeit und somit die Zukunft der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit in Frage.

Den zweiten Heterogenitätsfaktor bildet zunächst die unterschiedliche Gewichtung eines der in der „allgemeinen Auslegungsregel“ von Art. 31 WVK verankerten Interpretationselemente. Es sei in diesem Zusammenhang betont, dass es zwischen dem grammatikalischen, dem systematischen und dem teleologischen Element keine hierarchische Ordnung gibt. Denn alle diese Methoden stellen einen einheitlichen und rationalen logischen Prozess dar. Die Tatsache, dass aufgrund der durch den objektiven Ansatz gebotenen Ausrichtung am Text immer von dem Wortlaut eines Vertrages auszugehen ist, reflektiert zwar einen zeitlichen, aber keinen qualitativen Vorrang des grammatikalischen Elementes. Aufgrund dieser Gleichberechtigung vermögen die aus der unterschiedlichen Gewichtung einer bestimmten Methode der „allgemeinen Auslegungsregel“ resultierenden Divergenzen nicht zu überraschen, da die WVK nur im Hinblick auf das Verhältnis zwischen den „ergänzenden Auslegungsmitteln“ des Art. 32 und der „allgemeinen Auslegungsregel“ von Art. 31 festlegt, wie man Präferenzen zu setzen hat. Im Falle eines Widerspruchs zwischen dem grammatikalischen, dem systematischen oder dem teleologischen Element erfolgt somit die Lösung dieses Konfliktes in subjektiver Weise, d. h. nach dem Ermessen des jeweiligen Panels. Ähnliches gilt weiterhin für Dissonanzen, die aus der unterschiedlichen Art und Weise der Durchführung der Auslegung nach einem spezifischen Auslegungselement resultieren. Denn jedes Interpretationselement beansprucht keine automatische Anwendung, sondern es können dem jeweiligen Panel mehrere Möglichkeiten für dessen Einbeziehung in den Interpretationsprozess zur Verfügung stehen. Somit sind Divergenzen in der ICSID-Rechtsprechung, die sich aus der besonderen Gewichtung einer bestimmten Auslegungsmethode von Art. 31 WVK oder aus der unterschiedlichen Art und Weise der Durchführung der Interpretation nach einem spezifischen Auslegungselement ergeben,

⁹⁷⁴ Bolivia Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention, ICSID News Release, 16.05.2007, abrufbar unter <http://www.worldbank.org/icsid/highlights/05-16-07.htm> (zuletzt besucht am 13.09.07).

⁹⁷⁵ Siehe die entsprechende Stelle auf der Webseite des Außenministeriums der Republik Bolivien, abrufbar unter <http://www.rree.gov.bo/inicio.htm> [notas y comunicados de prensa → Seleccione el mes y año: Mayo 2007 → 03/05/2007 CANCELLERIA OFICIALIZA LA SALIDA DE BOLIVIA DEL CIADI] (zuletzt besucht am 13.09.07). Eine Zusammenfassung der Kündigungsgründe auf Englisch findet sich bei Fernando Cabrera Diaz, Bolivia expounds on reasons for withdrawing from ICSID arbitration system, Investment Treaty News, 27.05.2007, abrufbar unter http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_may27_2007.pdf (zuletzt besucht am 13.09.07).

Ausfluss der durch die WVK selbst zugelassenen Spielräume. Dies wird sehr deutlich durch die Schiedssprüche Salini und Suez geschildert, welche die Ausdehnung der MFN-Klausel auf Streitbeilegungsvorschriften betreffen. Denn die darin entstandenen Divergenzen sind auf die verschiedene Durchführung der systematischen und grammatikalischen Interpretation der jeweiligen MFN-Klausel sowie auf die unterschiedliche Gewichtung des teleologischen Elementes zurückzuführen. Ähnliches gilt auch für manche ICSID-Verfahren in Bezug auf die Frage der Zuständigkeit der ICSID-Tribunale für reine Vertragsverletzungen mittels Streitschlichtungsklauseln. Insbesondere die in den Fällen Vivendi und SGS-Philippinen zum einen und im Verfahren LESI zum anderen entstandenen Dissonanzen lassen sich überwiegend dadurch erklären, dass im letztgenannten Fall die systematische Auslegung in verschiedener Weise durchgeführt und zugleich ihr ein Vorrang gegenüber der grammatikalischen Interpretation zuerkannt wurde.

Es gibt allerdings auch Fälle von Dissonanzen in der ICSID-Judikatur, die sich weder durch die Auslegungsspielräume der WVK noch durch die unterschiedlichen Vorverständnisse der jeweiligen ICSID-Panels rechtfertigen. Gemeint sind dabei insbesondere die Fälle, in denen ein vergangener abweichender Schiedsspruch noch nicht einmal erwähnt wird und wo ein ICSID-Tribunal sich dementsprechend mit einer solchen Divergenz gar nicht auseinandersetzt, obwohl es sich mit ähnlichen oder identischen Rechtsfragen zu befassen hat. Exemplarisch kann man in diesem Zusammenhang folgende Beispiele darlegen: Die Nichtberücksichtigung der im Falle Salini niedergelegten Merkmale des Terminus „Investition“ durch die ICSID-Schiedsgerichte in beiden SGS-Verfahren, die Außerachtlassung früherer divergierender Rechtsprechung in Bezug auf die Frage der Zuständigkeit von ICSID-Panels für reine Vertragsverletzungen durch weite Streitbeilegungsklauseln seitens der Panels in den Verfahren SGS-Pakistan und LESI sowie im Hinblick auf die Ausdehnung der MFN-Klausel auf Streitbeilegungsvorschriften die bloße Darstellung des vergangenen abweichenden ICSID-Schiedsspruchs Salini durch das Schiedsgericht im Falle Gas Natural, eine Darstellung, die von keiner entsprechenden Unterscheidung begleitet wurde. Es ist in diesen Fällen nicht anzunehmen, dass den entsprechenden Panels früher erlassene ICSID-Schiedssprüche unbekannt sind, zumal die Schiedsverfahren durch das ICSID-Zentrum und insbesondere durch das ICSID-Sekretariat selbst verwaltet und unterstützt werden. Dies gilt umso mehr, als in den bereits dargelegten Schiedssprüchen der zeitliche Abstand zwischen dem Datum des Erlasses der nachfolgenden

divergierenden Entscheidung und dem des früher gefällten Schiedsspruchs mehr als ein Jahr beträgt.⁹⁷⁶

Das kennzeichnende Paradigma einer Außerachtlassung vergangener Schiedssprüche bilden allerdings alle drei Schiedsverfahren, welche das Vorliegen eines Notstandes zur Rechtfertigung der Maßnahmen, die zur Bekämpfung der Wirtschaftskrise in Argentinien seitens der Regierung des letzteren Staates ergriffen wurden, zum Gegenstand haben. Obwohl die Fälle CMS, LG&E und Enron den gleichen Investitionssektor betreffen, den gleichen faktischen Hintergrund, also die argentinische Wirtschaftskrise, haben, sich mit der Frage der Subsumtion der Wirtschaftskrise unter ILC-Art. 25 auseinandersetzen und sich auf die Auslegung der gleichen Bestimmung bzw. auf die Notstandsklausel des zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Republik Argentinien abgeschlossenen BIT beziehen, findet eine Berücksichtigung vergangener divergierender Judikatur nicht statt. Diese Außerachtlassung entfaltet dramatische Dimensionen, wenn man in Erinnerung ruft, dass in den Verfahren LG&E und Enron ein Schiedsrichter beteiligt war, der auf der Richterbank des ICSID-Tribunals saß, das den früheren und konträren Schiedsspruch erlassen hatte bzw. jeweils die Schiedssprüche CMS und LG&E, und dass die das gleiche methodologische Vorgehen befolgenden und zum gleichen Ergebnis gekommenen Schiedsverfahren CMS und Enron unter dem gleichen Panelvorsitzenden durchgeführt worden waren. Neben der Gleichheit dieser Verfahren miteinander hätte man allein aus dem Grund dieser de-facto Kontinuität zu einem Drittel im Hinblick auf die Zusammensetzung der Panels eine Befassung der nachfolgenden ICSID-Tribunale mit dem jeweils früheren und divergierenden Schiedsspruch erwartet. Stattdessen wird wegen solch einer gravierenden Außerachtlassung die Frage aufgeworfen, ob diese Ignoranz auf bestimmte Machtkonstellationen in den Verhältnissen zwischen den die Panels zusammensetzenden Personen zurückzuführen ist.

Das Fehlen der Doktrin des *stare decisis* auf völkerrechtlicher Ebene vermag die bereits dargelegten Unterlassungen nicht zu rechtfertigen. Denn die Außerachtlassung divergierender vergangener Judikatur ist nicht nur mit dem von einem internationalen und neutralen Gremium zu erwartenden Amtsethos unvereinbar, sondern sie stellt die Stabilität und die Rechtssicherheit im ICSID-Streitbeilegungssystem in Frage.

Zu der Kategorie der nicht zu rechtfertigenden Heterogenität gehören weiterhin diejenigen Schiedssprüche, in denen das Auslegungsverfahren nicht mit den WVK Auslegungsregeln übereinstimmt. Gemeint sind dabei die Schiedssprüche, in denen in erster Linie keine herkömmlichen Auslegungsregeln angewandt werden, sowie die Schiedsverfahren, wo ein

⁹⁷⁶ Zur Frage der Berücksichtigung vergangener ICSID-Rechtsprechung aus der Sicht des zeitlichen Faktors siehe auch oben: Dritter Teil, II, B, 3.

ICSID-Tribunal sich vorschnell mit einer Auslegungsmethode zufrieden gibt oder ein Auslegungselement nicht berücksichtigt und dadurch seiner Verpflichtung zur Einhaltung der kombinierten Operation i.S.v. Art. 31 WVK nicht nachkommt. Zu dieser Kategorie gehört die ausschließlich am teleologischen Element orientierte Interpretation des Enteignungsbegriffes gemäß Art. 1110 des NAFTA-Abkommens im Falle Metalclad, wonach fast jede staatliche Regelung mit negativen Auswirkungen auf die Investition eine Entschädigungspflicht des Gaststaates begründen könne, sowie die eher „policy-oriented“ und nicht als normativ zu qualifizierenden Interpretationen der ICSID-Panels in den Fällen Maffezini und Gas Natural, in denen die Auslegung der jeweiligen MFN-Klauseln auf das äußerst subjektive Element des historischen Schutzzwecks der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit gründete und das systematische Element nicht in den Auslegungsprozess einbezogen wurde. Derartige Phänomene erwecken den Anschein, dass die Interpretation dermaßen im voraus nach einem bestimmten gewünschten Ergebnis gerichtet ist, dass eine eventuelle Durchführung der Interpretation gemäß der völkerrechtlich gebotenen Interpretationsmethode dieses Ergebnis beeinträchtigen würde. Freilich ist in solchen Fällen nicht davon auszugehen, dass den sich aus anerkannten Personen besonderer Befähigung auf dem Gebiet des Rechts zusammengesetzten ICSID-Panels die rechtliche Verbindlichkeit und die methodologischen Anforderungen des WVK-Auslegungsregimes fremd sind.

Die Nichtberücksichtigung von früheren in ähnlichen oder identischen Fragen gefällten Schiedssprüchen sowie die Außerachtlassung der völkerrechtlich anerkannten Auslegungsmethodologie weisen letzten Endes darauf hin, dass manche ICSID-Panels so verfahren, als ob sie weder an rechtliche noch an deontologische Regeln gebunden wären.

Die hier untersuchte ICSID-Rechtsprechung demonstriert somit, dass ein erheblicher Teil der entstandenen Dissonanzen auf die Tatsache zurückzuführen ist, dass der Idealismus des ICSID-Systems durch die Ideologie einiger Panels ersetzt wurde und dass der vergangenen Judikatur sowie den völkerrechtlich anerkannten Auslegungsregeln nicht die gebotene Aufmerksamkeit geschenkt wurden. Abgesehen davon, dass auch Juristen weltweit anerkannter Befähigung Fehler begehen können, denn dies wohnt der menschlichen Natur inne, ist aus dem Maß derartiger Diskrepanzen in der ICSID-Rechtsprechung die Schlussfolgerung zu ziehen, dass eine nicht unbeträchtliche Anzahl von ICSID-Schiedssprüchen an dem rechtlichen Telos des ICSID-Systems vorbeigeht. Und solange das institutionelle Defizit des ICSID-Systems die ICSID-Rechtsprechung derart zersplittern lässt, ist die Befürchtung, dass das bestehende institutionelle Regime des ICSID-Schiedsgerichtssystems zur Missachtung der „Rule of Law“ führt, gerechtfertigt.

Die sich aufgrund dessen stellende Aufgabe besteht nun darin, Mechanismen zu finden, um diesen institutionellen Mangel zu beseitigen.

Vierter Teil: Reformansätze

I. Präventive Mechanismen

A. ICSID-Generalanwälte

Aus präventiver Sicht könnte die Einheitlichkeit der ICSID-Rechtsprechung durch die Einführung einer Institution verstärkt werden, welche mit der der Generalanwälte nach Art. 222 EGV vergleichbar ist. Die letzteren haben die Aufgabe, den EuGH zu unterstützen, indem sie in völliger Unabhängigkeit und Unparteilichkeit begründete Schlussanträge zu den Rechtssachen stellen, in denen nach der Satzung des Gerichtshofs ihre Mitwirkung erforderlich ist.⁹⁷⁷ Die Generalanwälte vertreten also weder Interessen der Streitparteien noch Interessen der europäischen Organe, sondern sie dienen dem europäischen Recht und insbesondere der Kohärenz und der Kontinuität der Rechtsprechung.⁹⁷⁸ Es handelt sich um eine Art von horizontalem richterlichen Dialog zwischen zwei verschiedenen Institutionen, wobei die Schlussanträge nicht mehr als unverbindliche und in gutachterlicher Weise verfasste Urteilstvorschläge darstellen, in denen der jeweilige Fall rechtlich vollständig gewürdigt wird.⁹⁷⁹ Eine derartige Institution könnte auf das ICSID-System über eine Ergänzung der ICSID-Schiedsordnung übertragen werden. Dies würde eine Zweidrittelmehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrates erfordern. Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang, dass auch die Institution der EG-Generalanwälte ursprünglich lediglich im Protokoll über die Satzung des Europäischen Gerichtshofs des EGKS-Vertrages vorgesehen war.⁹⁸⁰ Anders als im Falle der EG-Generalanwälte könnte man die Verfassung von nicht bindenden Schlussanträgen im Rahmen des ICSID-Systems von einem entsprechenden Antrag beider durch die Streitparteien ernannten Schiedsrichter abhängig machen.

B. ICSID-Vorabentscheidungsverfahren

Während im Rahmen des Europarechts die Institution der Generalanwälte einen richterlichen Dialog auf horizontaler Ebene beschreibt, demonstriert das Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 234 EGV das Bedürfnis, dass das Gemeinschaftsrecht auch in vertikaler Weise,

⁹⁷⁷ Art. 222(2) EGV. Gemäß Art. 20(5) der Satzung kann der Gerichtshof, allerdings nach Anhörung des Generalanwalts, beschließen, ohne Schlussanträge über Rechtssachen zu entscheiden, die seiner Auffassung nach keine neuen Rechtsfragen aufwerfen.

⁹⁷⁸ Christian Koenig/Mathias Pechstein/Claude Sander, EU-, EG-Prozessrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, S. 44, Rn. 76; Kirsten Borgsmidt, Der Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof und einige vergleichbare Institutionen, EuR (1987), S. 162 (163).

⁹⁷⁹ Vgl. Sabine Hackspiel, Artikel 222 EG, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze, EUV/EGV Kommentar, Bd. 4, 6. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2004, S. 339, Rn. 9.

⁹⁸⁰ Borgsmidt (Fn. 978), S. 162.

also durch die Gerichte der Mitgliedstaaten, einheitlich ausgelegt wird.⁹⁸¹ Demnach können die letzteren ein nationales Gerichtsverfahren aussetzen und eine darin aufgeworfene Frage über die Auslegung des Gemeinschaftsrechts dem EuGH stellen. Schließlich entscheidet der nationale Richter seinen Rechtsstreit auf der Basis der verbindlichen Antwort des EuGH.⁹⁸²

Ein System analog zu den Vorabentscheidungsverfahren⁹⁸³ des EuGH könnte das hier vorgeschlagene Model der ICSID-Generalanwälte ergänzen, zumal die Verfassung von Schlussanträgen durch die ICSID-Generalanwälte immer von der Kooperation der durch die Parteien ernannten Schiedsrichter abhängig wäre. Daher könnte die Homogenität der ICSID-Rechtsprechung in präventiver Weise dadurch verstärkt werden, dass dem Panelvorsitzenden durch eine Ergänzung der ICSID-Schiedsordnung die Kompetenz eingeräumt würde, nach Ermessen ein Schiedsverfahren auszusetzen und den ICSID-Generalanwälten eine Vorlagefrage zur Begutachtung vorzulegen. Dies könnte der Fall sein, wenn es sich um Neuland berührende Rechtsfragen handelt, wenn das Panel von der gefestigten ICSID-Rechtsprechung abweichen will oder wenn es über eine Frage zu entscheiden hat, die bereits in widersprüchlicher Weise durch andere ICSID-Tribunale beurteilt worden ist.⁹⁸⁴ Die Schaffung eines derartigen auf der Initiative des Panelvorsitzenden beruhenden Vorabentscheidungsverfahrens wäre schließlich imstande, zu einer De-facto-Institutionalisierung des Modèles der ICSID-Generalanwälte zu führen.

C. Bewertung

Obwohl die obigen Vorschläge zur Vereinheitlichung der ICSID-Rechtsprechung gewissermaßen einen Beitrag ohne eine Änderung des ICSID-Übereinkommens leisten könnten, sind sie alleine nicht in der Lage, eine homogene Judikatur zu garantieren und im konkreten Falle vor Unrecht zu schützen. Letzten Endes handelt es sich lediglich um Halbmaßnahmen nicht bindender und präventiver Natur, denn nach dem bestehenden ICSID-Regime stehen die Verbindlichkeit und das Entscheidungsmonopol ausschließlich den Schiedssprüchen der im Einzelfall gebildeten ICSID-Panels zu. Mit anderen Worten erweist sich die Schaffung eines tiefgreifenden Mechanismus als mehr als geboten. Ein Blick auf das nationale Recht kann zu diesem Zwecke hilfreich sein. Denn pathologisches Fallrecht unterliegt im innerstaatlichen Bereich der Überprüfung ständiger übergeordneter Gerichte.

⁹⁸¹ Vgl. etwa Pernice/Mayer (Fn. 284), S. 13, Rn. 32-33.

⁹⁸² Vgl. Jürgen Schwarze, *The Role of the European Court of Justice in the Interpretation of Uniform Law Among the Member States of the European Communities*, Nomos, Baden-Baden, 1988, S. 21-24.

⁹⁸³ Vgl. auch Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences?*, in: Gaillard/Banifatemi (Fn. 215), S. 189 (221); Tams (Fn. 262), S. 40; Schreuer (Fn. 254), S. 23.

⁹⁸⁴ Schreuer (Fn. 254), S. 24.

Sofern die letzteren sich nur mit Rechtsfragen befassen, spricht man konzeptionell von einer Kassation bzw. Revision. Von Berufung ist hingegen die Rede, wenn das übergeordnete Gericht befugt ist, sich auch mit fehlerhaften Tatsachenfeststellungen zu befassen. Der zugrunde liegende Gedanke beider Rechtsmittel ist die Gewährleistung der Kohärenz der Rechtsprechung sowie der korrekten Anwendung und Interpretation des Rechts.⁹⁸⁵ Die Möglichkeit einer Berufung ist tatsächlich der Aufmerksamkeit des ICSID-Sekretariats nicht entgangen.

II. Eine ICSID-Berufungsinstanz

A. Der Reformvorschlag des Diskussionspapiers des ICSID-Sekretariats von 2004: Ein nichtständiges sich an dem jeweiligen Investitionsschutzabkommen orientierendes Berufungsgremium

Das ICSID-Diskussionspapier von 2004 sah die Schaffung einer nichtständigen ICSID-Berufungsinstanz vor. Das Berufungsgremium sollte nämlich für jeden Fall neu konstituiert werden und jeweils mit drei von dem ICSID-Generalsekretär ernannten Mitgliedern besetzt sein.⁹⁸⁶ Die Berufungsschiedsrichter wären aus einem ständigen Gremium („Appeals Panel“) von fünfzehn Schiedsrichtern verschiedener Staatsangehörigkeit zu rekrutieren, die vom Verwaltungsrat auf Vorschlag des Generalsekretärs gewählt werden sollten.⁹⁸⁷ Ein Schiedsspruch wäre weiterhin wegen eines klaren Rechtsfehlers, aus einem der fünf Aufhebungsgründen des Art. 52 ICSID-Üb. oder wegen einer schwerwiegenden fehlerhaften Tatsachenfeststellung anfechtbar.⁹⁸⁸ Das Berufungsgremium sollte insbesondere befugt sein, den angefochtenen Schiedsspruch zu bestätigen, zu modifizieren, aufzuheben oder an das ursprüngliche ICSID-Panel zurückzuverweisen.⁹⁸⁹

Eine solche Reform setzt aber eine Änderung der ICSID-Konvention voraus. Denn gemäß Art. 53 ICSID-Üb. sind nur die Schiedssprüche der ICSID-Panels „bindend“. Artikel 53 ICSID-Üb. schließt ferner eine Berufung ausdrücklich und absolut aus.⁹⁹⁰ Während eine Änderung der durch den Verwaltungsrat im Jahre 1978 geschaffenen Additional-Facility-Regeln mit Zweidrittelmehrheit seiner Mitglieder erfolgen kann, bedarf gemäß Art. 66 ICSID-

⁹⁸⁵ John Jolowicz, Appeal, Cassation, Amparo and all that: What and Why?, in: James Crawford/David Johnston (Ed.), *On Civil Procedure*: John Jolowicz, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, S. 299 (300 sowie 316-320); Giorgio Sacerdoti, Appeal and Judicial Review in International Arbitration and Adjudication: The Case of WTO Appellate Review, in: Ernst-Ulrich Petersmann (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, The Hague (u.a.), 1997, S. 247 (247).

⁹⁸⁶ Annex, Possible Features of an ICSID Appeals Facility, in: (Fn. 8), S. 3, Rn. 5-6.

⁹⁸⁷ Annex, Possible Features of an ICSID Appeals Facility, in: (Fn. 8), S. 3, Rn. 5.

⁹⁸⁸ Annex, Possible Features of an ICSID Appeals Facility, in: (Fn. 8), S. 4, Rn. 7.

⁹⁸⁹ Annex, Possible Features of an ICSID Appeals Facility, in: (Fn. 8), S. 5, Rn. 9.

⁹⁹⁰ Broches (Fn. 309), S. 296.

Üb. die Änderung des ICSID-Übereinkommens zusätzlich der Ratifizierung, Annahme oder Genehmigung aller ICSID-Mitgliedstaaten, also von 144 Ländern. Um diese tatsächliche Schwierigkeit zu umgehen, wurde im Diskussionspapier auf Art. 41(1) WVK verwiesen.⁹⁹¹ Demnach können zwei oder mehrere Vertragsstaaten eines multilateralen völkerrechtlichen Vertrages eine Übereinkunft schließen, um den multilateralen Vertrag ausschließlich im Verhältnis zueinander zu modifizieren:

- a) „wenn die Möglichkeit einer solchen Modifikation in dem Vertrag vorgesehen ist oder
- b) wenn die betreffende Modifikation durch den Vertrag nicht verboten ist und
- i) die anderen Vertragsparteien in dem Genuss ihrer Rechte auf Grund des Vertrags oder in der Erfüllung ihrer Pflichten nicht beeinträchtigt und
- ii) sich nicht auf eine Bestimmung bezieht, von der abzuweichen mit der vollen Verwirklichung von Ziel und Zweck des gesamten Vertrags unvereinbar ist.“

Diese Inter-se-Modifikation des ICSID-Übereinkommens sollte nach Ansicht des Sekretariats über Appeals-Facility-Klauseln erfolgen, die in den jeweiligen bilateralen oder multilateralen Investitionsschutzabkommen verankert wären.⁹⁹² Diese Klauseln würden auf die durch den Verwaltungsrat zu verabschiedenden Appeals-Facility-Regeln verweisen, die das ICSID-Berufungsverfahren bestimmen sollten.⁹⁹³ Das heißt, dass die Einleitung eines ICSID-Berufungsverfahrens unter allen Umständen jeweils von der in den Investitionsschutzabkommen niedergelegten Einwilligung abhängig sein würde.⁹⁹⁴

B. Bewertung

Entscheidend für die Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist die persönliche und die institutionelle Kontinuität. Daher wäre eine auf Ad-hoc-Basis konstituierte Berufungsinstanz nicht imstande, ein homogenes Fallrecht zu gewähren. Die ICSID-Aufhebungsrechtsprechung hat zudem gezeigt, dass die sich aus dem Ad-hoc-Charakter der Aufhebungskomitees ergebende persönliche Diskontinuität die einheitliche Auslegung der Rechtsbegriffe des Art. 52 des ICSID-Üb. erschwert hat.⁹⁹⁵ Hätte eine ICSID-Berufungsinstanz keinen ständigen Charakter, dann würden möglicherweise auch Interessenkonflikte entstehen, da sich die Schiedsrichter zugleich an anderen

⁹⁹¹ Ausführlich zu Art. 41 WVK Christian Feist, Kündigung, Rücktritt und Suspendierung von multilateralen Verträgen, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, S. 190-197 und vor allem ILC-Fragmentation-Report (Fn. 363), S. 152 ff.

⁹⁹² Annex, Possible Features of an ICSID Appeals Facility, in: (Fn. 8), S. 2, Rn. 3.

⁹⁹³ Annex, Possible Features of an ICSID Appeals Facility, in: (Fn. 8), S. 1, Rn. 1.

⁹⁹⁴ Annex, Possible Features of an ICSID Appeals Facility, in: (Fn. 8), S. 2, Rn. 3.

⁹⁹⁵ Dazu oben: Zweiter Teil, II, C, 2. Vgl. auch Pagel (Fn. 309), S. 204-206; Tams (Fn. 262), S. 25.

Schiedsverfahren als Anwälte oder wiederum als Schiedsrichter beteiligen könnten.⁹⁹⁶ Die Neutralität und Unparteilichkeit des Verfahrens könnten somit gefährdet werden. Folglich ist der Vorschlag des ICSID-Sekretariats, wonach ein etwaiges Rechtsmittelverfahren jeweils durch drei vom Generalsekretär ernannten Schiedsrichter durchzuführen wäre, welche aus einem Panel von fünfzehn Personen rekrutiert würden,⁹⁹⁷ unangemessen. Ein etwaiges ICSID-Berufungsgremium müsste also ein ständiges Organ sein.⁹⁹⁸

Nach dem ICSID-Diskussionspapier von 2004 sollte ferner die Durchführung eines Ad-hoc-ICSID-Berufungsverfahrens von einer entsprechenden, in den Investitionsschutzabkommen niedergelegten, Einwilligung abhängig sein. Ein BIT-abhängiges Berufungsverfahren kann jedoch die Einheitlichkeit der ICSID-Rechtsprechung nicht garantieren. Denn für manche Fälle wäre die Berufung ausgeschlossen und für andere nicht.⁹⁹⁹ Es handelte sich lediglich um eine Halbberufung. Überdies vermögen die Staaten je nach Macht und Verhandlungsstärke die Einführung einer ICSID-Berufungsklausel in ein BIT zu ihren Gunsten oder für ihre Investoren zu erreichen. Eine derartige faktische Selektivität unterschätzt die Bedeutung der Harmonie der Rechtsprechung und untergräbt jeden Versuch, diese Harmonie zu institutionalisieren. Eine tatsächlich der Homogenität dienende Reform bedürfte stabiler und umfassender institutioneller Sicherung, das heißt einer vollständigen, für alle ICSID-Mitgliedstaaten geltenden Berufungsmöglichkeit.

C. Eine umfassende ICSID-Berufungsinstanz?

1. Problemstellung: „Pacta sunt servanda“ v. Reformbedarf

Obwohl das ICSID-Schiedsgerichtssystem der Schaffung einer ständigen und umfassenden Berufungsinstanz bedarf, erweist sich eine gemäß Art. 66 ICSID-Üb. herkömmliche Änderung „zu komplex, um realistisch zu sein“,¹⁰⁰⁰ da eine Reform den entsprechenden Willen aller ICSID-Mitgliedstaaten voraussetzt. Mit anderen Worten ist es nach dem geltenden positiven Recht einer Mehrheit der ICSID-Mitgliedstaaten nicht gestattet, einen vollständigen Berufungsmechanismus zu schaffen, der Geltung für alle Parteien des ICSID-

⁹⁹⁶ Thomas Wälde, *Alternatives for Obtaining Greater Consistency in Investment Arbitration: An Appellate Institution after the WTO, Authoritative Treaty Arbitration or Mandatory Consolidation?*, in: *British Institute of International and Comparative Law's Investment Treaty Forum* (Fn. 256), S. 71 (76); David Gantz, *An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges*, *VJTL* Vol. 39 (2006), S. 39 (68). Zu aktuellen Interessenkonflikten in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit Judith Levine, *Dealing with Arbitrator "Issue Conflicts" in International Arbitration*, *Dispute Resolution Journal* (February-April 2006), S. 60 (62-64).

⁹⁹⁷ Annex, *Possible Features of an ICSID Appeals Facility*, in: (Fn. 8), S. 3, Rn. 5-6.

⁹⁹⁸ Anderer Ansicht Gabrielle Kaufmann-Kohler, *In Search of Transparency and Consistency*, *TDM* Vol. 2 (November 2005), S. 1 (6).

⁹⁹⁹ So auch Tams (Fn. 262), S. 14.

¹⁰⁰⁰ Schreuer (Fn. 254), S. 22.

Übereinkommens beansprucht. Der Grundsatz ist klar und eindeutig: „Pacta sunt servanda“. Jetzt hat es sich als geboten erwiesen, die Härte dieses Grundsatzes abzuschwächen.¹⁰⁰¹ Es stellt sich daher die Frage, welche Rechtselemente den Schild des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ durchbohren können, um die Schaffung einer umfassenden ICSID-Berufungsinstanz im ICSID-Schiedsgerichtssystem zu ermöglichen.

2. Versuch einer Bewältigung

a) Institutionskreative Wirkung des teleologischen Elementes

Als erstes Element kommt der materiellrechtliche Grundsatz in Betracht, auf dem das ganze ICSID-Schiedsgerichtssystem beruht, das heißt das Telos der unabhängigen und neutralen Beilegung von Investitionsstreitigkeiten. Es ist nicht das erste Mal, dass für die Bewirkung einer Änderung im ICSID-System auf dessen Zielsetzung zurückgegriffen wird. Denn aufgrund dieser Zielsetzung wurde bei den beiden ersten Aufhebungsverfahren in den Fällen Klöckner I und Amco I anstelle einer Aufhebung eine „Berufung“ durchgeführt.¹⁰⁰² Der Vorsitzende des Ad-hoc-Komitees in dem Aufhebungsverfahren Amco I und Mitglied des Ad-hoc-Komitees in der Aufhebungsentscheidung Klöckner I schilderte ferner im Schrifttum die Notwendigkeit dieser teleologisch motivierten Änderung wie folgt:¹⁰⁰³

„Man hat der bisherigen Rechtsprechung der ad hoc-Komitees vorgeworfen, daß die von ihnen getroffene Auslegung Sinn und Zweck des ICSID-Übereinkommens mißachtet. Dieses sei doch darauf gerichtet, einen Anreiz zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten losgelöst von jeder nationalen Kontrolle zu schaffen. Dieser Anreiz ginge verloren, wenn die Kontrolle durch die ad hoc-Komitees kleinlicher, schikanöser und zeitraubender würde als diejenige durch die nationalen Gerichte.“

Es ist also eindeutig, dass das teleologische Element eine vorübergehende institutionelle Umwandlung innerhalb des ICSID-Systems ausgelöst hatte. Wichtiger ist aber, dass, neben der institutionellen Änderung, das völkerrechtliche teleologische Element auch zur Schaffung von Institutionen geführt hat und insbesondere von gerichtlichen Gremien durch ein nicht nach herkömmlichem Verständnis dafür ermächtigtes Organ. Das Beispiel verweist auf kein anderes Organ als auf den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen. Zum Zwecke der Wahrung

¹⁰⁰¹ Vgl. zu der Problematik der institutionalisierten Relativierung der Härte des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ Tomuschat (Fn. 239), S. 313 ff.

¹⁰⁰² Zu der Interpretation von Art. 52(1) des ICSID-Üb. im Aufhebungsverfahren Klöckner I siehe Peter Schlechtriem, Zur Überprüfbarkeit von ICSID-Schiedssprüchen: Die Aufhebung im Falle Klöckner/Kamerun, IPRax Jg. 6 (1986), S. 69 (71).

¹⁰⁰³ Seidl-Hohenveldern (Fn. 315), S. 110.

des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit wurde Kapitel VII der UN-Charta dahingehend interpretiert, dass es dem Sicherheitsrat für die Schaffung der Ad-hoc-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda berechtige.¹⁰⁰⁴ Die institutionskreative Wirkung des teleologischen Elements innerhalb der völkerrechtlichen Ordnung bildet somit die erste reformtragende Kraft.

b) Grundsatz der systemischen Integration

In seinem Namibia-Gutachten von 1971 ging der IGH davon aus, dass ein völkerrechtliches Instrument in seinem Zusammenhang mit der Gesamtrechtsordnung im Zeitpunkt der Auslegung zu interpretieren sei.¹⁰⁰⁵ Diese Äußerung gibt den in Art. 31(3)c WVK niedergelegten¹⁰⁰⁶ Grundsatz der systemischen Integration wider.¹⁰⁰⁷ Die Freisetzung der in diesem Grundsatz zusammengeschlossenen völkerrechtlichen integrativen Kräfte setzt die Feststellung voraus, wo das ICSID-Schiedsgerichtssystem innerhalb der völkerrechtlichen Ordnung verortet ist. Es muss daher untersucht werden, ob auf völkerrechtlicher Ebene die Einheitlichkeit der Rechtsprechung durch Berufungsinstanzen im Hinblick auf Investitionen bzw. das Privateigentum betreffende Streitigkeiten gesichert wird und inwiefern diese völkerrechtlichen Topoi Ähnlichkeiten mit dem ICSID-Schiedsgerichtssystem aufweisen.

Die grundlegende Bedeutung der Berufung innerhalb der völkerrechtlichen Ordnung demonstriert die Tatsache, dass sie als fundamentales Menschenrecht in Art. 14(5) IPbPR niedergelegt ist. Demnach hat jeder, der zu einer Strafe verurteilt worden ist, Anspruch darauf, das Urteil durch eine Berufungsinstanz überprüfen zu lassen. Hinzu kommt, dass der UN-Menschenrechtsausschuss Art. 14 IPbPR als Ganzes und somit auch das darin niedergelegte Recht auf Berufung als ein notstandsfestes bzw. nicht derogierbares Recht qualifiziert hat.¹⁰⁰⁸ Desgleichen wird dieses Recht auch dann gewährt, wenn die internationale Gemeinschaft sich gegen Individuen wendet, welche unter dem Verdacht der Begehung eines schwerwiegenden Verbrechens stehen.¹⁰⁰⁹ Die Statuten beider durch den UN-Sicherheitsrat jeweils 1993 für das ehemalige Jugoslawien¹⁰¹⁰ und 1994 für Ruanda¹⁰¹¹ errichteten Ad-hoc-Strafgerichtshöfe sowie das Römische Statut vom 17. Juli 1998, durch das der ständige

¹⁰⁰⁴ Jost Delbrück, Article 24, in: Simma (Fn. 753), S. 451, Rn. 20.

¹⁰⁰⁵ Siehe oben. Dritter Teil, I, C, Fn. 365.

¹⁰⁰⁶ Vgl. Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 24), S. 643-644.

¹⁰⁰⁷ Dazu gründlich Campbell McLachlan, The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)c of the Vienna Convention, ICLQ Vol. 54 (2005), S. 279 ff.

¹⁰⁰⁸ Zu notstandsfesten Menschenrechten siehe Art. 4(2) i.V.m. Art. 6, 7, 8(1), 8(2), 11, 15, 16, 18 des IPbPR sowie die Allgemeine Bemerkung Nr. 29 des Menschenrechtsausschusses vom 31.08.2001 und insbesondere Rn. 15, wo Art. 14 als solches qualifiziert wird, UN-Dok. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11.

¹⁰⁰⁹ Vgl. Tomuschat (Fn. 239), S. 431, Rn. 52 und S. 431-432, Rn. 53.

¹⁰¹⁰ Res. 808 vom 22.02.1993 und Res. 827 vom 25.05.1993.

¹⁰¹¹ Res. 955 vom 08.11.1994.

Internationale Strafgerichtshof gegründet wurde, sehen gegen erstinstanzliche Entscheidungen entsprechende Berufungsverfahren vor.¹⁰¹² Allerdings wird die Möglichkeit einer Berufung nicht nur dort garantiert, wo das strafrechtliche Element im Mittelpunkt steht, sondern auch in völkerrechtlichen Systemen, die den gerichtlichen Schutz des Eigentums bzw. von Investitionen einschließen.

Als Beispiel kommt in erster Linie die im Jahre 1953 in Kraft getretene Europäische Menschenrechtskonvention in Betracht. Es wurde bereits angemerkt, dass heute eine juristische oder natürliche Person mittels Art. 34 EMRK i.V.m. Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls die Verletzung von Eigentumsrechten durch ihren eigenen Staat vor dem EMRGH geltend machen kann. Die obligatorische Gerichtsbarkeit des EMRGH, welche mit dem Inkrafttreten des 11. Zusatzprotokolls im Jahre 1998 Bestandteil der EMRK geworden ist, ist ferner mit der Einleitung eines Schiedsverfahrens im Wege der sogenannten „Arbitration without Privity“ vergleichbar, zumal die Rechte aus der EMRK jeder Person zustehen, die der Hoheitsgewalt eines Vertragsstaates unterworfen ist, unabhängig davon, ob sie Staatesangehöriger des betroffenen Staates ist oder nicht.¹⁰¹³ Das heißt, dass auch eine ausländische natürliche oder juristische Person eine Verletzung ihrer Eigentumsrechte durch den Aufenthaltstaat vor dem EMRGH geltend machen und die Zahlung von Entschädigung beanspruchen kann.¹⁰¹⁴ Die durch das 11. Zusatzprotokoll eingeführte Reform, die ebenso zu einer Explosion der Rechtsprechung des EMRGH sowie zu einer Entpolitisierung des Menschenrechtsschutzes durch die Eliminierung des Ministerkomitees aus dem Verfahren geführt hat,¹⁰¹⁵ hat auf die Gewährleistung der Einheitlichkeit und der Qualität des EMRGH-Fallrechts Wert gelegt. Danach kann gemäß Art. 43 EMRK in Ausnahmefällen jede Streitpartei innerhalb von drei Monaten nach dem Erlass eines Urteils die Verweisung einer Rechtssache an die Große Kammer des EMRGH, die aus siebzehn Richtern zusammengesetzt wird, beantragen, vorausgesetzt, dass die Rechtssache eine schwerwiegende Frage der Auslegung oder der Anwendung der EMRK oder der Protokolle oder eine schwerwiegende Frage allgemeiner Bedeutung aufwirft. Eine schwerwiegende Auslegungsfrage liegt unter anderem dann vor, wenn das betreffende Urteil mit einem früheren Urteil des Gerichtshofes nicht übereinstimmt oder wenn es sich um eine Frage handelt, deren Klärung für die

¹⁰¹² Vgl. Art. 25 ICTY-Statut, Art. 24 ICTR-Statut wie Art. 81 des Römischen Statuts.

¹⁰¹³ So gemäß Art. 1 EMRK, es sei denn, dass eine speziellere Bestimmung ausdrücklich Differenzierungen erlaubt.

¹⁰¹⁴ Siehe mit näheren Einzelheiten Matthias Ruffert, *The Protection of Foreign Direct Investment by the European Convention on Human Rights*, GYIL Vol. 43 (2000), S. 116 (130 ff.).

¹⁰¹⁵ Manfred Nowak, *Einführung in das Internationale Menschenrechtssystem*, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien/Graz, 2002, S. 179 und 182; Christian Tomuschat, *Human Rights - Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, Oxford, 2003, S. 202-204.

Fortentwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofes von Bedeutung ist.¹⁰¹⁶ Überdies werden durch die Verweisung an die Große Kammer neben den grundlegenden Rechtsfragen auch grundsätzliche Tatsachenfragen, die verallgemeinerungsfähig und deshalb für künftige Fälle wichtig sind, erfasst.¹⁰¹⁷ Über den Antrag entscheidet zunächst ein fünfköpfiger Filterausschuss. Nur dann, wenn der Ausschuss den entsprechenden Antrag annimmt, wird die Sache an die Große Kammer verwiesen. Wenngleich nicht ausdrücklich festgelegt, kommt das Verfahren des Art. 43 einem Rechtsmittelverfahren bzw. einem Berufungsverfahren gleich,¹⁰¹⁸ und zusammen mit dem obligatorischen Individualrechtsschutz zielt die durch das 11. Zusatzprotokoll ergänzte EMRK, genauso wie das ICSID-System im Rahmen des Investitionsschutzes, darauf ab, einen in vollem Umfang effektiven Rechtsschutzmechanismus auf völkerrechtlicher Ebene zu schaffen.

Obwohl das Recht der im Jahre 1994 gegründeten Welthandelsorganisation prinzipiell Handelsfragen betrifft, weist es Teilregelungen auf, die sich auf Investitionen beziehen. Zu nennen sind in erster Linie das Übereinkommen über handelsbezogene Investitionsmaßnahmen (TRIMS) sowie das Übereinkommen über den Dienstleistungshandel (GATS).¹⁰¹⁹ Streitigkeiten zwischen WTO-Mitgliedern hinsichtlich ihrer Rechte und Pflichten nach den Bestimmungen der obigen Vertragswerke werden durch das „Dispute Settlement Understanding“ beigelegt. Zu betonen ist, dass durch die letztgenannte WTO-Streitbeilegungsvereinbarung das vormalige politisch-diplomatische Streitbeilegungssystem des GATT-1947 legalisiert und konstitutionalisiert wurde, indem unter anderem auch ein Rechtsmittel- bzw. Berufungsverfahren eingeführt wurde.¹⁰²⁰

Genauso wie im ICSID-System erfolgt die WTO-Streitbeilegung über Panels, wobei hier nur den Staaten oder gesonderten Zollgebieten ein Recht auf Einleitung eines Panelverfahrens zusteht.¹⁰²¹ Die Panels werden aus drei Personen zusammengesetzt, wobei das Auswahlverfahren Ähnlichkeiten mit dem des ICSID aufweist. Gegen Panelentscheidungen kann jede Streitpartei die ständige Rechtsmittelinstanz („Appellate Body“) anrufen, welche aus sieben Personen konstituiert wird, von denen drei sich mit jeweils einem Fall befassen. In der Praxis werden jedoch die vier übrigen Mitglieder laufend informiert und einbezogen und

¹⁰¹⁶ Erläuternder Bericht zu Protokoll Nr. 11 zur Europäischen Menschenrechtskonvention, EuGRZ Jg. 21 (1994), S. 328 (336), Rn. 100.

¹⁰¹⁷ Jens Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2006, S. 318, Rn. 8.

¹⁰¹⁸ Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, C.H. Beck Verlag, München, 2005, S. 83, Rn. 66; Nowak (Fn. 1015), S. 186.

¹⁰¹⁹ Dolzer/Bloch (Fn. 132), S. 1990-1991; Salacuse (Fn. 137), S. 76.

¹⁰²⁰ Sacerdoti (Fn. 985), S. 270-271.

¹⁰²¹ Meinhard Hilf, Streitbeilegung in der Welthandelsorganisation (WTO), in: Marauhn (Fn. 11), S. 1 (11).

kommen zu gemeinsamen Beratungen zusammen.¹⁰²² Das „Appellate Body“ ist befugt, die in dem Panelbericht behandelten Rechtsfragen und Rechtsauslegungen zu prüfen, und kann die Feststellungen und Schlussfolgerungen des Panels bestätigen, abändern oder aufheben.¹⁰²³ Es soll innerhalb von 60 und muss spätestens nach 90 Tagen nach Einleitung des Rechtsmittelverfahrens seinen Bericht vorlegen.¹⁰²⁴ Die Hauptaufgabe der WTO-Rechtsmittelinstanz, die anerkannte Experten im Bereich des Rechts und des Welthandels umfasst, besteht nämlich darin, dass sie auf Dauer die Einheitlichkeit der Anwendung und der Interpretation des Rechtes und die Vermeidung von Fehlentscheidungen zu gewährleisten hat.¹⁰²⁵

Durch einen Vergleich aller drei völkerrechtlichen Systeme miteinander kann man davon ausgehen, dass das ICSID-System aus systematisch-institutioneller Sicht in der Tat zwischen der EMRK und der WTO verortet ist. Die im Raum zwischen den Systemen des WTO und der EMRK wirkenden und das ICSID-System umkreisenden integrativen völkerrechtlichen Kräfte sind entfesselt worden und wirken von beiden Seiten auf das ICSID-System dahingehend ein, die institutionelle Arrhythmie des ICSID-Übereinkommens, nämlich die im Vergleich zu seinen beiden parallel existierenden Völkerrechtssystemen fehlende Berufungsinstanz, zu mildern. Der Grundsatz der systemischen Integration bildet mithin die zweite reformtragende Kraft.

c) Grundsatz von Treu und Glauben

Das dritte Element leitet sich von dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ ab. Es handelt sich um die Transformierung der empirischen Feststellung der Widersprüchlichkeit der ICSID-Judikatur in rechtliche Normierungen. Deshalb, weil die ICSID-Panels unvernünftige Interpretationen im Sinne der WVK vorgenommen haben, weil einer Anpassung des ICSID-Übereinkommens an die Bedürfnisse der Gegenwart kaum überwindbare Hindernisse entgegenstehen, und weil in einer erheblichen Anzahl von ICSID-Schiedssprüchen die Art und Weise der Ausübung der Rechtsprechungsgewalt das rechtliche Ziel des ICSID-Übereinkommens, also die neutrale und gerechte Beilegung von Streitigkeiten, in Frage stellt, wird der Grundsatz von Treu und Glauben aktiviert.¹⁰²⁶ Da das institutionelle Defizit des

¹⁰²² Meinhard Hilf, in: Hilf/Oeter (Fn. 49) S. 520, Rn. 36.

¹⁰²³ Art. 17 (6) und (13) DSU.

¹⁰²⁴ Art. 17 (5) DSU. Die Berichte des jeweiligen Panels sowie die des Berufungsgremiums werden verbindlich, es sei denn, dass das „Dispute Settlement Body“, das von allen WTO-Mitgliedern besetzt wird, durch negativen Konsens entscheidet, die Annahme des Berichts zu blockieren. Ein negativer Konsens aller WTO-Mitglieder ist jedoch faktisch fast unmöglich. Dazu Hilf (Fn. 1021), S. 13.

¹⁰²⁵ Sacerdoti (Fn. 985), S. 274.

¹⁰²⁶ Vgl. dazu oben: Dritter Teil, I, F.

ICSID-Systems die ICSID-Rechtsprechung zersplittern lässt, indem jede Art von Berufung ausgeschlossen wird, muss das Prinzip von Treu und Glauben auf die die Zustimmung aller Staaten verlangende und die Einführung einer Berufungsinstanz erschwerende Bestimmung des ICSID-Übereinkommens, nämlich auf Art. 66, einwirken.¹⁰²⁷ Das Prinzip von Treu und Glauben, unterstützt von dem Grundsatz der systemischen Integration sowie von der institutionskreativen Wirkung des teleologischen Elementes, kann die Härte von Art. 66 zum Zwecke der Schaffung einer Berufungsinstanz erheblich relativieren. Dadurch eröffnet sich die Möglichkeit, eine umfassende ICSID-Berufungsinstanz zu schaffen, selbst wenn dies nicht dem Willen aller ICSID-Mitgliedstaaten entspricht.

D. Stellungnahme

Abgesehen von dem Versuch, die Härte des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ auf eine niedrigere Ebene herabzusetzen, ist das Problem real und bleibt bestehen. Das ICSID-System ist nicht mehr imstande, sein Ziel zu verwirklichen. Institutionell ist das ICSID-Übereinkommen an sich ein unflexibler Vertrag ohne jedwede Aussicht auf Verbesserung, also ein Vertrag ohne Zukunft. Ideologisch ist die ICSID-Rechtsprechung deshalb zersplittert, weil eine erhebliche Anzahl der ICSID-Panels nicht nur verschiedenen, sondern geradezu gegensätzlichen Werten dienen. Dem ICSID-System bleiben nun zwei Alternativen offen: Entweder wird eine umfassende ICSID-Berufungsinstanz geschaffen, oder die ICSID-Konvention wird den Weg der „obsolet gewordenen Verträge“ beschreiten. Denn als sich der Völkerbund als unfähig erwies, seine Ziele zu verfolgen, wurde er ersetzt. Hier kann sich Ähnliches ereignen.

¹⁰²⁷ Dies beruht gewissermaßen auf der Gedankenlinie des unter den Auspizien der Internationalen Handelskammer gefällten Schiedsspruchs im Falle Westland Helicopters, 08.06.1982, 05.03.1984 und 25.07.1985, ILR Vol. 80 (1989), S. 596 (613-614). In diesem Fall wurde unter Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben die subsidiäre Haftung der Mitglieder der Arabischen Organisation für Industrialisierung unter anderem deshalb zugesprochen, weil sie eine Organisation mit institutionellen Schwächen gegründet hatten. Dazu Kolb (Fn. 391), S. 24-25.

Schluss

Gegensätzliche Schiedssprüche bei gleichlautenden Vorschriften können weder durch die kulturelle Herkunft der Schiedsrichter noch durch deren unterschiedliche rechtliche Traditionen gerechtfertigt werden. Letzten Endes unterliegen sie einer Rechtsordnung, der des Völkerrechts.¹⁰²⁸ Die Frage „quis custodiet ipsos custodes“ wird aus systemischer Sichtweise immer unbeantwortet bleiben. Jeder Jurist ist für sich selbst verantwortlich. Und die tatsächliche Zitadelle der ausgewogenen und gerechten Rechtsprechung sind weder die Auslegungsregel noch die anerkannte Befähigung, sondern die Werte, denen sich der Jurist selbst zugewandt hat.¹⁰²⁹ An dieser Stelle trifft sich das Streben nach Homogenität des Zaleukos mit dem aphoristischen Spruch des Herakleitos:¹⁰³⁰ „Unsichtbare Harmonie ist stärker als die sichtbare.“

Es bleibt die Hoffnung einer künftigen Entwicklung des Völkerrechts in Richtung Gerechtigkeit.¹⁰³¹

¹⁰²⁸ Tomuschat (Fn. 239), S. 29, Rn. 6, wo die Einheit der Internationalen Rechtsordnung demonstriert wird und S. 55, Rn. 40, wo die sogenannte „Kluft der Kulturen“ abgelehnt wird.

¹⁰²⁹ Tomuschat (Fn. 239), S. 23-436. Mit Verweis auf Tomuschat so auch Rainer Hofmann, Concluding Remarks, in: Andreas Zimmermann/Rainer Hofmann (Ed.), *Unity and Diversity in International Law*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, S. 491 (493); Hermann Mosler, *Völkerrecht als Rechtsordnung*, ZaöRV Bd. 36 (1976), S. 6 (14).

¹⁰³⁰ Manfred Fuhrmann (Hrsg.), *Die Anfänge der abendländischen Philosophie, Fragmente der Vorsokratiker*, - Mit einer Einführung von Laura Gemelli-Marciano -, Bibliothek der Antike, Artemis Verlag (u.a.), München, 1991, S. 99, Rn. 251.

¹⁰³¹ Dazu siehe Tomuschat (Fn. 239), S. 23-436.

Literaturverzeichnis

I. Beiträge in Zeitschriften

Aaken, Anne van, Zwischen Scylla und Charybdis: Völkerrechtlicher Staatsnotstand und Internationaler Investitionsschutz, ZVglRWiss 105 (2006), S. 544-569.

Aldrich, George, What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal, AJIL Vol. 88 (1994), S. 585-610.

Alexandrov, Stanimir, Breaches of Contract and Breaches of Treaty - The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines, JWIT Vol. 5 (2004), S. 555-577.

Alexandrov, Stanimir, The "Baby Boom" of Treaty-based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as "Investors" and Jurisdiction Ratione Temporis, LPICT Vol. 4 (2005), S. 19-59.

Alvarez, Jose, Political Protectionism and United States International Investment Obligations in Conflict: The Hazards of Exon-Florio, VJIL Vol. 30 (1990), S. 1-187.

Amerasinghe, C. T., Issues of Compensation for the Taking of Alien Property in the Light of Recent Cases and Practice, ICLQ Vol. 41 (1992), S. 22-65.

Baldwin, Edward/Kantor, Mark /Nolan, Michael, Limits to Enforcement of ICSID Awards, Journal of International Arbitration, Vol. 23 (2006), S. 1-24.

Ball, Markham, Assessing Damages in Claims by Investors against States, ICSID Review/FILJ Vol. 16 (2001), S. 408-429.

Bernhardt, Rudolf, Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights, GYIL Vol. 21 (1999), S. 11-25.

Borgsmidt, Kirsten, Der Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof und einige vergleichbare Institutionen, EuR (1987), S. 162-177.

Broches, Aron, Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965: Explanatory Notes and Survey of its Application, YCA Vol. XVIII (1993), S. 627-717.

Broches, Aron, Development of International Law by the International Bank for Reconstruction and Development, ASIL Proc. (1965), S. 31-38.

Brower, Charles II, Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter, VJTL Vol. 36 (2003), S. 37-94.

Caron, David, Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal, ICSID Review/FILJ Vol. 7 (1992), S. 21-56.

Chukwumerije, Okezie, International law and Article 42 of the ICSID Convention, Journal of International Arbitration, Vol. 14, Nr. 3 (1997), S. 79-101.

Crivellaro, Antonio, Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes, LPICT Vol. 4 (2005), S. 371-420.

Crnic-Grotic, V., Object and Purpose of Treaties in the Vienna Convention on the Law of the treaties, *AYIL* Vol. 7 (1997), S. 141-174.

Dattu, Riyaz, A journey from Havana to Paris: The Fifty-Year Quest for the Elusive Multilateral Agreement on Investment, *Fordham International Law Journal* Vol. 24 (2000), S. 275-316.

Deckert, Martina, Zur Einführung: Die folgenorientierte Auslegung, *JuS* (1995), S. 481-484.

Delaume, Georges, ICSID Arbitration: Practical Considerations, *Journal of International Arbitration*, Vol. 1 (1984), S. 101-125.

Delaume, Georges, Introductory Note, United States: District Court for the Southern District of New York Opinion in *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia*, *ILM* Vol. 26 (1987), S. 695-696.

Delaume, Georges, The Pyramids Stand - The Pharaohs Can Rest in Peace, *ICSID Review/FILJ* Vol. 8 (1993), S. 231-263.

De Lotbiniere McDougall, Andrew/Santens, Ank, ICSID Amends its Arbitration Rules, *International Arbitration Law Review*, Vol. 9 (2006), S. 119-122.

Dodge, William, Comment, *Metalclad Corporation v. Mexico*, *AJIL* Vol. 95 (2001), S. 910-919.

Dölker, Angelika/Ribbrock, Martin, Die Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten: - nunmehr gefestigte EuGH-Rechtsprechung? *BB* (2007), S. 1928-1932.

Dolzer, Rudolf, Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties, *International Lawyer* Vol. 39 (2005), S. 87-106.

Dolzer, Rudolf/Bloch, Felix, Indirect Expropriation: Conceptual Realignments? *International Law Forum de Droit International*, Vol. 5 (2003), S. 155-165.

Dolzer, Rudolf/Myers, Terry, After *Tecmed*: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements, *ICSID Review/FILJ* Vol. 19 (2004), S. 49-60.

Dolzer, Rudolf, New Foundations of the Law of Indirect Expropriation, *AJIL* Vol. 75 (1981), S. 553-589.

Escher, Alfred, Weltbank-Schiedszentrum: Zuständigkeit für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten, *RIW* (2001), S. 20-30.

Feldman, Mark, The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards, *ICSID Review/FILJ*, Vol. 2 (1987), S. 85-110.

Fitzmaurice Sir, Gerald, Vae Victis or Woe to the Negotiators! Your Treaty or Our Interpretation of It?, *AJIL* Vol. 65 (1971), S. 358-373.

Fortier, Yves/Drymer, Stephen, Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know it When I See It, or Caveat Investor, *Asia Pacific Law Review*, Vol. 13 (2005), S. 79-110.

Foster, David, "Necessity Knows No Law!": *LG&E v Argentina*, *International Arbitration Law Review* (2006), S. 149-155.

Foster, David, Umbrella Clauses – A Retreat from the Philippines, *International Arbitration Law Review* Vol. 9 (2006), S. 100-108.

- Franck, Susan, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions, *Fordham Law Review*, Vol. 73 (2005), S. 1521-1625.
- Franck, Susan, The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties have a Bright Future?, *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, Vol. 12 (2005), S. 47-99.
- French, Duncan, Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules, *ICLQ* Vol. 55 (2006), S. 281-314.
- Freyer, Dana/Herlihy, David, Most-Favored-Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How "Favored" is "Most-Favored"?, *ICSID Review/FILJ* Vol. 20 (2005), S. 58-83.
- Friedland, Paul/Wong, Eleanor, Measuring Damages for Deprivation of Income-Producing Assets: ICSID Case Studies, *ICSID Review/FILJ* Vol. 6 (1991), S. 400-430.
- Gaillard, Emmanuel, The Consolidation of Arbitral Proceedings and Court Proceedings, in: *ICC International Court of Arbitration Bulletin-Complex Arbitrations: Perspectives on their Procedural Implications*, ICC Publishing, Paris, 2003, S. 35-42.
- Gaillard, Emmanuel/Banifatemi, Yas, The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process, *ICSID Review/FILJ* Vol. 18 (2003), S. 375-411.
- Gaillard, Emmanuel, Vivendi and Bilateral Treaty Arbitration, *NYLJ* (06.02.2003). S. 3 und S. 6.
- Gantz, David, An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges, *VJTL* Vol. 39 (2006), S. 39-76.
- Garcia-Bolivar, Omar, The Teleology of International Investment Law - The role of Purpose in the Interpretation of International Investments Agreements, *JWIT* Vol. 6 (2005), S. 751-772.
- Gill, Judith/Gearing, Matthew/Birt, Gemma, Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties - A Comparative Review of the SGS Cases, *Journal of International Arbitration* Vol. 21 (2004), S. 397-412.
- Griebel, Jörn, Die Einbeziehung von „contract claims“ in internationale Investitionsstreitigkeiten über Streitbeilegungsklauseln in Investitionsschutzabkommen, *SchiedsVZ* (2006), S. 306-311.
- Häde, Ulrich, Der völkerrechtliche Schutz von Direktinvestitionen im Ausland, *AVR* Bd. 35 (1997), S. 181-212.
- Hambro, Edvard, The Ambatielos Arbitral Award, *AVR* Bd. 6 (1957), S. 152-173.
- Happ, Richard, Aktuelle Rechtsprechung der ICSID-Schiedsgerichte, *SchiedsVZ* (2005), S. 21-30.
- Heiskanen, Veijo, The Doctrine of Indirect Expropriation in Light of the Practice of the Iran-United States Claims Tribunal, *JWIT* Vol. 8 (2007), S. 215-231.
- Higgins, Rosalyn, The ICJ, the ECJ, and the Integrity of International Law, *ICLQ* Vol. 52 (2003), S. 1-20.
- Hobe, Stephan, Enteignung zu Zwecken des Umweltschutzes: Zur ICSID Arbitration Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A. und Republik von Costa Rica, *IPRax* Jg. 22 (2002), S. 249-251.

Honig, Frederick, Der Schiedsspruch im Ambatielos Fall vom 6. März 1956, ZaöRV Bd. 17 (1956), S. 133-142.

Hornick, Robert, The Mihaly Arbitration - Pre-Investment Expenditure as a Basis for ICSID-Jurisdiction -, Journal of International Arbitration, Vol. 20 (2003), S. 189-197.

Hsu, Locknie, MFN and Dispute Settlement-When the Twain Meet, JWIT Vol. 7 (2006), S. 25-37.

Jagota, S. P., State Responsibility: Circumstances Precluding Wrongfulness, NYIL Vol. XVI (1985), S. 249-300.

Juster, Kenneth, The Santa Elena Case: Two Steps Forward, Three Steps Back, American Review of International Arbitration, Vol. 10 (1999), S. 371-381.

Klabbers, Jan, International Legal Histories: The Declining Importance of Travaux Préparatoires in Treaty Interpretation?, NILR Vol. 50 (2003), S. 267-288.

Kolb, Robert, Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith), NILR Vol. 53 (2006), S. 1-36.

Kramer, Stefan, Die Meistbegünstigung, RIW (1989), S. 473-481.

Kunoy, Bjørn, Developments in Indirect Expropriation Case Law in ICSID Transnational Arbitration, JWIT Vol. 6 (2005), S. 467-491.

Kunoy, Bjørn, Singing in the Rain-Developments in the Interpretation of Umbrella Clauses, JWIT Vol. 7 (2006), S. 275-300.

Kurtz, Jürgen, the MFN Standard and Foreign Investment, An Uneasy Fit?, JWIT Vol. 5 (2004), S. 861-886.

Laidhold, Michael, Private Party Access to the WTO: Do Recent Developments in International Trade Dispute Resolution Really Give Private Organizations a Voice in the WTO?, The Transnational Lawyer Vol. 12 (1999), S. 427-450.

Lalive, Pierre, "The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems", BYIL Vol. 51 (1982), S. 123-161.

Lamm, Carolyn, Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID Review/FILJ Vol. 6 (1991), S. 462-483.

Lauterpacht, Elihu, International Law and Private Foreign Investment, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 4 (1997), S. 259-276.

Levine, Judith, Dealing with Arbitrator "Issue Conflicts" in International Arbitration, Dispute Resolution Journal (February-April 2006), S. 60-65.

Link, Stefan, Die Gesetzgebung des Zaleukos im epizephyrischen Lokroi, Klio Vol. 74 (1992), S. 11-24.

Lowe, Vaughan, Regulation or Expropriation?, Current Legal Problems Vol. 55 (2002), S. 447-466.

Maniruzzaman, A.F.M., State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies, EJIL Vol. 12 (2001), S. 309-328.

Marboe, Irmgard, Compensation and Damages in International Law, JWIT Vol. 7 (2006), S. 723-759.

McLachlan, Campbell, The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)c of the Vienna Convention, ICLQ Vol. 54 (2005), S. 279-319.

Mendelson, M. H., Compensation for Expropriation: The Case Law, AJIL Vol. 79 (1985), S. 414-420.

Meub, Michael, Das Nordamerikanische Freihandelsabkommen NAFTA, EuZW (1993), S. 532-536.

Mittelberger, Philipp, Die Rechtsprechung des ständigen Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Eigentumsschutz, EuGRZ Jg. 28 (2001), S. 364-371.

Mosler, Hermann, Völkerrecht als Rechtsordnung, ZaöRV Bd. 36 (1976), S. 6-49.

Nathan, Kathigamar V.S.K., Submissions to the International Centre for Settlement of Investment Disputes in Breach of the Convention, Journal of International Arbitration, Vol. 12 (1995), S. 27-52.

Newmark, Chris/Poulton, Edward, Siemens -v- Argentina: Most favoured nation clause (re)visited, SchiedsVZ (2005), S. 30-33.

Oehrlein, Josef, EU-Lateinamerika-Gipfel, F.A.Z. (12.05.2006), S. 4.

Ohler, Christoph, Anmerkung zu EuGH, U. v. 03.10.2006 - Rs. C-452/04 - (Zulässige Versagung der Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Kreditvergabe; Fidium Finanz AG ./ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht), EuZW (2006), S. 691-693.

Ohler, Christoph, Der Schutz privaten Eigentums als Grundlage der internationalen Wirtschaftsordnung, JZ Jg. 61 (2006), S. 875-883.

Oschmann, Friedrich, Das Investitionsrecht des NAFTA-Abkommens - Mexikos Kehrtwende im Recht der Auslandsinvestitionen?, ZVglRWiss 96 (1997), S. 242-258.

Paulsson, Jan, Arbitration Without Privity, ICSID Review/FILJ Vol. 10 (1995), S. 232-257.

Perezcano, Hugo, Investment Protection Agreements, Should a multilateral Approach be Reconsidered?, JWI Vol. 4 (2003), S. 929-939.

Reinisch, August, Introductory Note, From Contested Jurisdiction to Indirect Expropriation and Fair and Equitable Treatment-Developments in ICSID Arbitration in 2004, The Global Community: Yearbook of International Law & Jurisprudence 5 (2005) Vol. II, S. 1653-1670.

Reinisch, August, Können Verletzungen von WTO-Recht durch einzelne Betroffene geltend gemacht werden? ecolex (2000), S. 912-917.

Reinisch, August, Necessity in International Arbitration – An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina, JWIT Vol. 8 (2007), S. 191-214.

Reisman, Michael, Control Mechanisms in International Dispute Resolution, United States-Mexico Law Journal Vol. 2 (1994), S. 129-137.

Reisman, Michael/Sloan, Robert, Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation, BYIL Vol. 74 (2003), S. 115-150.

Reisman, Michael, The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration, Duke Law Journal (1989), S. 739-807.

Reisman, Michael, The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold, ICSID Review/FILJ Vol. 15 (2000), S. 362-381.

Ruffert, Matthias, The Protection of Foreign Direct Investment by the European Convention on Human Rights, GYIL Vol. 43 (2000), S. 116-148.

Salacuse, Jeswald, BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries, International Lawyer, Vol. 24 (1990), S. 655-675.

Schachter, Oscar, Compensation for Expropriation, AJIL Vol. 78 (1984), S. 121-130.

Schäfer, Martin, Der Entschädigungsstandard im allgemeinen Völkerrecht, RIW (1998), S. 199-204.

Schill, Stephan, From Calvo to CMS: Burying an International Law Legacy - Argentina's Currency Reform in the Face of Investment Protection: The ICSID Case CMS v. Argentina, SchiedsVZ (2005), S. 285-292.

Schill, Stephan, Völkerrechtlicher Investitions- und Eigentumsschutz in der ICSID-Entscheidung TECMED, RIW (2005), S. 330-335.

Schlechtriem, Peter, Zur Überprüfbarkeit von ICSID-Schiedssprüchen: Die Aufhebung im Falle Klöckner/Kamerun, IPRax Jg. 6 (1986), S. 69-73.

Schöbener, Burkhard/Markert, Lars, Das International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), ZVglRWiss 105 (2006), S. 65-116.

Schoenbaum, Thomas, WTO Dispute Settlement: Praise and Suggestions for Reform, ICLQ Vol. 47 (1998), S. 647-658.

Schreuer, Christoph, Decisions Ex Aequo et Bono Under the ICSID Convention, ICSID Review/FILJ Vol. 11 (1996), S. 37-63.

Schreuer, Christoph, Traveling the BIT Route - Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, JWIT Vol. 5 (2004), S. 231-256.

Seidl-Hohenveldern, Ignaz, Die Aufhebung von ICSID-Schiedssprüchen, Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit, Bd. 3 (1989), S. 100-117.

Shihata, Ibrahim/Parra, Antonio, Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention, ICSID Review/FILJ Vol. 9 (1994), S. 183-213.

Shihata, Ibrahim/Parra, Antonio, The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID Review/FILJ Vol. 14, (1999), S. 299-361.

Shihata, Ibrahim, Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA, ICSID Review/FILJ Vol. 1 (1986), S. 1-25.

Sinclair, Anthony, The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection, Arbitration International, Vol. 20 (2004), S. 411-434.

Šturma, Pavel, Decision on Jurisdiction of the ICSID Tribunal in the Case Československá obchodní banka v. Slovak Republic, ZaöRV Bd. 60 (2000), S. 151-162.

Sutton, Stephen, Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Spain and the ICSID Secretary-General's Screening Power, Arbitration International Vol. 21 (2005), S. 113-126.

Szpak, Agnieszka, A Few Reflections on the Interpretation of Treaties in Public International Law, *HYIL* Vol. 18 (2005), S. 59-70.

Teitelbaum, Ruth, Who's Afraid of Maffezini? Recent Developments in Interpretation of Most Favored Nation Clauses, *Journal of International Arbitration*, Vol. 22 (2005), S. 225-237.

Tomuschat, Christian, Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten - Zur Gestaltungskraft von Deklarationen der UN-Generalversammlung-, *ZaöRV* Bd. 36 (1976), S. 444-491.

Weil, Prosper, The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Ménage à Trois, *ICSID Review/FILJ* Vol. 15 (2000), S. 401-416.

Westberg, John, Applicable Law, Expropriatory Takings and Compensation in Cases of Expropriation; ICSID and Iran-United States Claim Tribunal Case Law Compared, *ICSID Review/FILJ* Vol. 8 (1993), S. 1-28.

Yala, Farouk, The Notion of "Investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement?, *Journal of International Arbitration* Vol. 22 (2005), S. 105-126.

Shany, Yuval, Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between Decisions on Multisourced Investment Claims, *AJIL* Vol. 99 (2005), S. 835-851.

II. Beiträge in Herausgeberbüchern und Sammelwerken

Bernhardt, Rudolf, Interpretation in International Law, *EPIL* Vol. II (1995), S. 1416-1426.

Broches, Aron, Selected Essays: World Bank, ICSID and Other Subjects of Public International and Private International Law, Martinus Nijhoff, Dordrecht (u.a.), 1995.

- Broches, Aron, Observations on the Finality of ICSID-Awards (1991), S. 295-356.
- Broches, Aron, Settlement of Investment Disputes (1963), S. 161-163.
- Broches, Aron, The „Additional Facility“ of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (1979), S. 249-256.
- Broches, Aron, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (1972), S. 188-239.
- Broches, Aron, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Applicable Law and Default Procedure (1967), S. 179-187.

D' Amato, Anthony, Good Faith, *EPIL* Vol. II (1995), S. 509-601.

Delaume, Georges, Consent to ICSID Arbitration, in: Norton, Joseph (Ed.) (u.a.), *The Changing World of International Law in the Twenty-First Century: A Tribute to the Late Kenneth R. Simmonds*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, S. 155-178.

Dolzer, Rudolf/Bloch, Felix, Der rechtliche Schutz ausländischer Investitionen, in: Kronke, Herbert/Melis, Werner/Schnyder, Anton (Hrsg.), *Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht*, Otto Schmidt, Köln, 2005, S. 1043-1110.

Dolzer, Rudolf, Meistbegünstigungsklauseln in Investitionsschutzverträgen, in: Bröhmer, Jürgen/Bieber, Ronald (u.a.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte - Festschrift für Georg Röss*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2005, S. 47-54.

Dolzer, Rudolf, Schirmklauseln in Investitionsschutzverträgen, in: Dupuy, Pierre-Marie / Fassbender, Bardo (Hrsg.) (u.a.), *Völkerrecht als Wertordnung - Festschrift für Christian Tomuschat*, N.P. Engel Verlag, Kehl, 2006, S. 281-296.

Dolzer, Rudolf, The Notion of Investment in Recent Practice, in: Charnovitz, Steve/Steger, Petra (Ed.) (u.a.), *Law in the Service of Human Dignity - Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, S. 261-275.

El-Kosheri, Ahmed, Aminoil Arbitration, *EPIL* Vol. I (1992), S. 144-148.

Fritz, Kurt von, Zaleukos, in: Ziegler, Konrat (Hrsg.), *Paulys Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft*, 2. Reihe, 18. Halbband, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1967, S. 2298-2301.

Gaillard, Emmanuel/Banifatemi, Yas (Ed.), *Annulment of ICSID Awards*, Juris Publishing, New York, 2004.

- Gaillard, Emmanuel, The Extend of Review of the Applicable Law in Investment Treaty Arbitration, S. 223-241.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle, Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences?, S. 189-221.
- Schreuer, Christoph, Three Generations of ICSID Annulment Proceedings, S. 17-42.
- Schwartz, Eric, Finality at What Cost? The Decision of Ad Hoc Committee in Wena Hotels v. Egypt, S. 43-86.
- Van Houtte, Hans, Article 52 of the Washington Convention – A Brief Introduction, S. 11-16.

Geck, Wilhelm, Diplomatic Protection, *EPIL* Vol. I (1992), S. 1045-1067.

Giardina, Andrea, ICSID: A Self-Contained, Non-National Review System, in: Lillich, Richard/Brower, Charles (Ed.), *International Arbitration in the 21ST Century: Towards “Judicialization” and Uniformity?*, Transnational Publishers, New York, 1994, S. 199-219.

Hallier, Hans-Joachim, Drago-Doktrin, in: Schlochauer, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Wörterbuch des Völkerrechts* (Hrsg.), Bd. I, Walter de Gruyter, Berlin, 1960, S. 398-399.

Hofmann, Rainer, Concluding Remarks, in: Zimmermann, Andreas/Hofmann, Rainer (Eds.), *Unity and Diversity in International Law*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, S. 491-494.

Horn, Norbert (Ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, The Hague, 2004.

- Cremades, Bernardo/Cairns, David, Contract and Treaty Claims and the Choice of Forum in Foreign Investment Disputes S. 325- 351.
- Horn, Norbert, Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means, S. 3-31.
- Kreindler, Richard, The Law Applicable to International Investment Disputes, S. 401-424.
- Lew, Julian, ICSID Arbitration: Special Features and Recent Developments, S. 267-282.

- Rubins, Noah, The Notion of „Investment“ in International Investment Arbitration, S. 283-324.
- Salacuse, Jeswald, Towards a Global Treaty on Foreign Investment: The Search for a Global Bargain, S. 51-88.

Jaenicke, Günther, Meistbegünstigungsklausel, in: Schlochauer, Hans-Jürgen (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts Bd. II, Walter de Gruyter, Berlin, 1960, S. 497-503.

Jolowicz, John, Appeal, Cassation, Amparo and all that: What and Why?, in: Crawford, James/Johnston, David (Ed.), On Civil Procedure: John Jolowicz, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, S. 299-327.

Keller, Ruprecht von, Handelsverträge, in: Schlochauer, Hans-Jürgen (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. I, Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 1960, S. 765-772.

Lauterpacht, Elihu, The World Bank Convention on the Settlement of International Investment Disputes, in: Guggenheim, Paul/Battelli, Maurice (eds.), Recueil d'études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genève, 1968, S. 642-664.

Marauhn, Thilo (Hrsg.), Streitbeilegung in den Internationalen Wirtschaftsbeziehungen, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.

- Hilf, Meinhard, Streitbeilegung in der Welthandelsorganisation (WTO), S. 1-17.
- Tietje, Christian, Die Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten, S. 47-62.

Okowa, Phoebe, Defences in the Jurisprudence of International Tribunals, in: Goodwin-Gill, Guy/Talmon, Stefan, The Reality of International Law -Essays in Honour of Ian Brownlie-, Clarendon Press, Oxford, 1999, S. 389-411.

Riesenfeld, Stefan, Foreign Investments, EPIL Vol. II (1995), S. 435-439.

Rubins, Noah, Judicial Review of Investment Arbitration Awards, in: Weiler, Todd (Ed.), NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects, Transnational Publishers, New York, 2004, S. 359-390.

Sacerdoti, Giorgio, Appeal and Judicial Review in International Arbitration and Adjudication: The Case of WTO Appellate Review, in: Petersmann, Ernst-Ulrich (ed.), International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System, Kluwer Law International, The Hague (u.a.), 1997, S. 247-280.

Schreuer, Christoph, Paradigmenwechsel im Internationalen Investitionsrecht, in: Hummer, Waldemar (Hrsg.), Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahrtausendwende, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2002, S. 237-250.

Seidl-Hohenveldern, Ignaz, Modernes Völkerrecht und der Schutz ausländischen Eigentums, in: Miehsler, Herbert/Mock, Erhard (Hrsg.) (u.a.), Ius Humanitatis - Festschrift zum 90. Geburtstag von Alfred Verdross -, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, S. 653-659.

Tams, Christian, An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure, in: Tietje, Christian /Kraft, Gerhard/Sethe, Rolf (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 57, Juni 2006, S. 1-50.

Tietje, Christian, Die Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht: Staatsanleihen und Staateninsolvenz, in: Tietje, Christian /Kraft, Gerhard/Sethe, Rolf (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 37, Februar 2005, S. 1-23.

Tomuschat, Christian, Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes – Concluding Observations, in: Tomuschat, Christian/Thouvenin, Jean-Marc (Eds.), The Fundamental Rules of the International Legal Order, Martinus Nijhoff, Netherlands, 2006, S. 425-436.

Torres Bernárdez, Santiago, Interpretation of Treaties by the International Court of Justice following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaties, in: Hafner, Gerhard/Loibl, Gerhard (Ed.) (u.a.), Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, Kluwer Law International, The Hague (u.a.), 1998, S. 721-748.

Ustor, Endre, Most-Favoured-Nation Clause, EPIL Vol. III (1997), S. 468-473.

Wehberg, Hans, Investition, in: Schlochauer, Hans-Jürgen (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. II, Walter de Gruyter, Berlin, 1961, S. 149-151.

Weiler, Todd (Ed.), International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, Cameron May, London, 2005.

- Ben Hamida, Walid, The Mihaly v. Sri Lanka Case: some Thoughts relating to the Status of Pre-Investment Expenditures, S. 47-76.
- Bishop, Doak/Luzi, Roberto Aguirre, Investment Claims: First Lessons from Argentina, S. 425-469
- Brower, Charles/Wong, Jarrod, General Valuation Principles: The Case of *Santa Elena*, S. 747-775.
- Coe, Joe/Rubins, Noah, Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions, S. 597-667.
- Paulsson, Jan, Ghosts of Chorzów: Maha Nuñez-Schultz v. Republic of the Americas, S. 777-801.
- Schreuer, Christoph, Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – The Vivendi I Case Considered, S. 281-323.

III. Hand- und Lehrbücher

Bedjaoui, Mohammed (Ed.), International Law: Achievements and Prospects, Martinus Nijhoff, Dordrecht (u.a.), 1991.

Brownlie, Ian, Principles of Public International Law, 6th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2003.

Cassese, Antonio, International Law, 2nd Edition, Oxford University Press, Oxford, 2005.

Dahm, Georg/Delbrück, Jost /Wolfrum, Rüdiger, Völkerrecht, Bd. I/2, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2002.

Franck, Thomas, Fairness in the International Legal and Institutional System - General Course on Public International Law -, RdC Vol. 240 (1993), S. 9 ff.

- Fuhrmann, Manfred (Hrsg.), Die Anfänge der abendländischen Philosophie, Fragmente der Vorsokratiker, - Mit einer Einführung von Laura Gemelli-Marciano -, Bibliothek der Antike, Artemis Verlag (u.a.), München, 1991.
- Gast, Wolfgang, Juristische Rhetorik, 4. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006.
- Grabenwarter, Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, C.H. Beck Verlag, München, 2005.
- Hattenhauer, Hans, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004.
- Heintschel von Heinegg, Wolff, Casebook Völkerrecht, C.H. Beck Verlag, München, 2005.
- Herdegen, Matthias, Internationales Wirtschaftsrecht, 5. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2005.
- Hilf, Meinhard/Oeter, Stefan, WTO-Recht, Nomos, Baden-Baden, 2005.
- Ipsen, Knut, Völkerrecht, 5. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2004.
- Jennings Sir, Robert/Watts Sir, Arthur, Oppenheim's International Law, Vol. I, 9th Edition, Longman, Great Britain, 1992.
- Koenig, Christian/Pechstein, Mathias/Sander, Claude, EU-, EG-Prozessrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Springer Verlag, Berlin (u.a.), 1995.
- Lew, Julian/Mistelis, Loukas/Kröll, Stefan, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague (u.a.), 2003.
- Neuhold, Hanspeter/Hummer, Waldemar/Schreuer, Christoph (Hrsg.), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Bd. 1, 4. Auflage, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2004.
- Nowak, Manfred, Einführung in das Internationale Menschenrechtssystem, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien/Graz, 2002.
- Redfern, Alan/Hunter, Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Student Edition, Sweet & Maxwell, London, 2003.
- Reed, Lucy/Paulsson, Jan/Blackaby, Nigel, Guide to ICSID Arbitration, Kluwer Law International, The Hague, 2004.
- Schachter, Oscar, International Law in Theory and Practice, Martinus Nijhoff, Dordrecht (u.a.), 1991.
- Schweisfurth, Theodor, Völkerrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz, International Economic Law, 3rd Ed., Kluwer Law International, The Hague (u.a.), 1999.
- Schwarzenberger, Georg, International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Vol. 1, 3rd Ed., Stevens & Sons, London, 1957.
- Shaw, Malcolm, International Law, 5th Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

Verdross, Alfred/Simma, Bruno, Universelles Völkerrecht, 3. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1984.

Sornarajah, M., The International Law on Foreign Investment, 2nd Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Tomuschat, Christian, Human Rights - Between Idealism and Realism, Oxford University Press, Oxford, 2003.

Tomuschat, Christian, International Law: Ensuring the Survival of Mankind in the Eve of a New Century - General Course on Public International Law -, RdC Vol. 281 (1999), S. 9 ff.

Vitzthum Graf, Wolfgang (Hrsg.), Völkerrecht, 3. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin (u.a.), 2004.

IV. Kommentare

Bröhmer, Jürgen, Artikel 56 EGV, in: Christian Callies/Matthias Ruffert, EUV/EGV, 3. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2007.

Crawford, James, The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentary, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

Geiger, Rudolf, EUV/EGV, 4. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2004.

Hackspiel, Sabine, Artikel 222 EG, in: Groeben, Hans von der /Schwarze, Jürgen, EUV/EGV Kommentar, Bd. 4, 6. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2004.

Meyer-Ladewig, Jens, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2006.

Pernice, Ingolf/Mayer, Franz, Art. 220 EGV (20. Ergänzungslieferung August 2002), in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Bd. III, C.H. Beck Verlag, München, 2005.

Schreuer, Christoph, The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

Simma, Bruno (Ed.) (u.a.), The Charter of the United Nations: A Commentary, 2nd Ed., Oxford University Press, Oxford, 2002.

V. Monographien

Arnoldt, Thomas, Praxis des Weltbankübereinkommens (ICSID), Nomos, Baden-Baden, 1997.

Aust, Anthony, Modern Treaty Law and Practice, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

Banz, Michael, Völkerrechtlicher Eigentumsschutz durch Investitionsschutzabkommen, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

Bernhardt, Rudolf, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge - insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte -, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin, 1963.

Dolzer, Rudolf, Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht, Springer Verlag, Heidelberg (u.a.), 1985.

Dolzer, Rudolf/Stevens, Margrete, Bilateral Investments Treaties, Martinus Nijhoff, The Hague, 1995.

- Falk, Richard, The New States and International Legal Order, RdC Vol. 118 (1968), S. 1 ff.
- Feist, Christian, Kündigung, Rücktritt und Suspendierung von multilateralen Verträgen, Duncker & Humblot, Berlin, 2001.
- Franck, Thomas, The Power of Legitimacy among Nations, Oxford University Press, New York (u.a.), 1990.
- Gerken, Lüder, Der Wettbewerb der Staaten, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999.
- Gerlach, Franz Dorotheus, Zaleukos. Charondas. Pythagoras. Zur Kulturgeschichte von Großgriechenland, Bahnmaier's Buchhandlung, Basel, 1858.
- Hinderer, Hermann Ali, Rechtsschutz von Unternehmen in der WTO, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2004.
- Hirsch, Mosche, The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes, Martinus Nijhoff, Dordrecht (u.a.), 1993.
- Hölkeskamp, Karl-Joachim, Schiedsrichter, Gesetzgeber und Gesetzgebung im Archaischen Griechenland, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1999.
- Karl, Wolfram, Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht, Springer Verlag, Heidelberg (u.a.), 1983.
- Lauterpacht, Elihu, Aspects of the Administration of International Justice, Grotius Publications, Cambridge, 1991.
- McDougal, Myres/Lasswell, Harold/Miller, James, The Interpretation of Agreements and World Public Order, Yale University Press, New Haven and London, 1967.
- Nathan, Kathigamar V.S.K., The ICSID Convention, Juris Publishing, New York, 2000.
- Pagel, Roderic, Die Aufhebung von Schiedssprüchen in der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit, Peter Lang, Frankfurt am Main (u.a.), 1999.
- Pirrung, Jörg, Die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten, Duncker & Humblot, Berlin, 1972.
- Schäfer, Martin, Entschädigungsstandard und Unternehmensbewertung bei Enteignungen im allgemeinen Völkerrecht, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1997.
- Schwarze, Jurgens, The Role of the European Court of Justice in the Interpretation of Uniform Law Among the Member States of the European Communities, Nomos, Baden-Baden, 1988.
- Schwarzenberger, Georg, Der Schutz von Auslandsinvestitionen - Multilaterale Kodifikationsversuche -, Gehlen Verlag, Berlin (u.a.), 1969.
- Sinclair Sir, Ian, The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2nd Ed. Manchester University Press, Manchester, 1984.
- Tomuschat, Christian, Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die europäischen Gemeinschaften, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin, 1964.
- Tomuschat, Christian, Obligations Arising For States With or Against Their Will, RdC Vol. 241 (1993), S. 195 ff.

VI. Berichte und Arbeitspapiere internationaler Institutionen

Erläuternder Bericht zu Protokoll Nr. 11 zur Europäischen Menschenrechtskonvention, EuGRZ Jg. 21 (1994), S. 328-338.

ICSID Secretariat, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, Discussion Paper, 22. 10. 2004.

ICSID Secretariat, Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations Working Paper, 12.05.2005.

United Nations, Dispute Settlement: Investor-State, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/30, New York and Geneva, 2003.

United Nations, Most-Favoured-Nation-Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/10(Vol. III), New York and Geneva, 1999.

United Nations, Report of the International Law Commission, 58. Session, Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries 2006, abrufbar unter http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf (zuletzt besucht am 13.09.2007).

United Nations, Report of the International Law Commission, 18. Session, Draft Articles on the Law of the Treaties with Commentaries, in: YBILC Vol. II (1966), S. 187 ff.

United Nations, International Law Commission, First Report on the Most-Favoured-Nation Clause, in: YBILC Vol. II (1969), S. 157 ff.

United Nations, Report of the International Law Commission, 58. Session, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, UN-Dok. A/CN.4/L.682, 13.04.2006.

United Nations, State Contracts, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/2004/11, New York and Geneva, 2004.

United Nations, World Investment Report 2005: Transnational Corporations and the Internationalization of R&D, New York and Geneva, 2005.

World Bank, Global Development Finance 2006 (Vol. I. Analysis and Outlook): The Development Potential of Surging Capital Flows, Washington D.C., June 2006.

Yannaca-Small, Katia, Improving the System of Investor – State Dispute Settlement: An Overview, OECD Working Papers on International Investment, Nr. 2006/1, February 2006.

VII. Elektronische Ressourcen

Bjorklund, Andrea, Emergency Exceptions to International Obligations in the Realm of Foreign Investment: The State of Necessity as a Circumstance Precluding Wrongfulness, Papier der ILA Committee on International Law of Foreign Investment (Draft 15.05.2006), S. 1-27, abrufbar unter <http://www.ila-hq.org/pdf/Foreign%20Investment/Bjorklund%20Emergency%20Exceptions.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

British Institute of International and Comparative Law's Investment Treaty Forum, Appeals and Challenges to Investment Treaty Awards: Is it Time for an International Appellate System?, TDM Vol. 2 (April 2005).

- Bishop, Doak, The Case of an Appellate Panel and its Scope of Review, S. 8-12.
- Blackaby, Nigel, Testing the Procedural Limits of the Treaty System: The Argentinean Experience, S. 16-20.
- Friedman, Mark, Non-Party States' Efforts to Influence Ongoing Proceedings, S. 44-47.
- Gill, Judith, Inconsistent Decisions: An Issue to be Addressed or a Fact of Life?, S. 12-16.
- Suarez Anzorena, Carlos Ignacio, Multiplicity of Claims under BITs and the Argentine Case, S. 20-25.
- Wälde, Thomas, Alternatives for Obtaining Greater Consistency in Investment Arbitration: An Appellate Institution after the WTO, Authoritative Treaty Arbitration or Mandatory Consolidation?, S. 71-77.

Burke-White, William/Staden, Andreas von, Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties, University of Pennsylvania Law School, Scholarship at Penn Law, Paper 152 (April 2007), S. 1-70, abrufbar unter <http://lsr.nellco.org/upenn/wps/papers/152/> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

Cabrera Diaz, Fernando, Bolivia expounds on reasons for withdrawing from ICSID arbitration system, Investment Treaty News, 27.05.2007, abrufbar unter http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_may27_2007.pdf (zuletzt besucht am 13.09.07).

Fietta, Stephen, Most favoured nation treatment and dispute resolution under bilateral investment treaties: a turning point?, TDM Vol. 2 (June 2005). S. 1-15.

Gaillard, Emmanuel, Treaty-Based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses, NYLJ (6.10.2005), S. 1-3, abrufbar unter http://www.shearman.com/files/Publication/d84b9ca3-c09f-4804-9e40-0a820efde356/Presentation/PublicationAttachment/58128653-f0bc-4ff8-82d3-0dc2302e3643/IA_100605.pdf (zuletzt besucht am 13.09.2007).

Gaillard, Emmanuel, Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause, NYLJ (02.06.2005), S. 1-3, abrufbar unter http://www.shearman.com/files/Publication/96d2288c-0c69-4fd6-b306-07a676768572/Presentation/PublicationAttachment/4153cee7-3402-4cbf-8631-09c534add1da/IA_060205.pdf (zuletzt besucht 13.09.2007).

Gallus, Nick, Plama v. Bulgaria and the Scope of Investment Treaty MFN Clauses, TDM Vol. 2 (June 2005), S. 1-20.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle, In Search of Transparency and Consistency, TDM Vol. 2 (November 2005), S. 1-8.

Kluttig, Bernhard, Contract v. Treaty Claims: Die Entscheidung in Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, Policy Papers on Transnational Economic Law, No. 15, TELC, (June 2005), S. 1-8, abrufbar unter http://www2.jura.uni-halle.de/telc/policy_papers.html (zuletzt besucht am 13.09.2007).

Kreindler, Richard, Fair and Equitable Treatment – A Comparative International Law Approach, TDM Vol. 3 (June 2006), S. 1-14.

Martinez, Lucy/Bray, Dana, The Interplay of Contract Claims and Treaty Claims, TDM Vol. 3 (April 2006), S. 1-4.

Obadia, Eloise ICSID, Investment Treaties and Arbitration: Current and Emerging Issues, News from ICSID Vol. 18, Nr. 2 (2001), S. 4,
abrufbar unter <http://www.worldbank.org/icsid/news/n-18-2-4.htm> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

Onwuamaegbu, Ucheora, The Role of ADR in Investor-State Dispute Settlement: The ICSID Experience, News from ICSID, Vol. 22, Nr. 2 (2005), S. 12-14.
Abrufbar unter http://www.worldbank.org/icsid/news/news_22-2.pdf (zuletzt besucht am 13.09.2007).

Parra, Antonio, Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated Under Investment Treaties, News from ICSID, Vol. 17, Nr. 2 (2000), S. 5,
abrufbar unter <http://www.worldbank.org/icsid/news/n-17-2-5.htm> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

Parra, Antonio, ICSID and Bilateral Investment Treaties, News from ICSID, Vol. 17, Nr. 1 (2000), S. 7, abrufbar unter <http://www.worldbank.org/icsid/news/n-17-1-7.htm> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

Paulson, Jan, Indirect Expropriation: Is the Right to Regulate at Risk?, TDM Vol. 3 (April 2006), S. 1-12.

Reinisch, August, Expropriation, Papier der ILA Committee on International Law of Foreign Investment, S. 1-43, abrufbar unter <http://www.ila-hq.org/pdf/Foreign%20Investment/ILA%20paper%20Reinisch.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

Salacuse, Jeswald, The Treatification of International Investment Law: A Victory of Form over Life? A Crossroads Crossed?, TDM Vol. 3 (June 2006), S. 1-18.

Schreuer, Christoph, Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration, TDM Vol. 3 (April 2006), S. 1-24.

Wälde, Thomas/Sabahi, Borzu, Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law, Papier der ILA Committee on International Law of Foreign Investment, S. 1-45,
abrufbar unter <http://www.ila-hq.org/pdf/Foreign%20Investment/Walde%20and%20Sabahi%20Compensation%20&%20Damages.pdf> (zuletzt besucht am 13.09.2007).

Wälde, Thomas, The “Umbrella” (or Sanctity of Contract/Pacta sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases, TDM Vol. 1 (October 2004), S. 1-87.

VIII. Wörterbücher

Duden, Das Fremdwörterbuch, Bd. 5, 8. Auflage, Dudenverlag, Mannheim (u.a.), 2005.

Duden, Das Synonymwörterbuch, Bd. 8, 3. Auflage, Dudenverlag, Mannheim (u.a.), 2004.

Selbständigkeitserklärung

Ich versichere, dass ich die eingereichte Dissertation selbständig verfasst habe, andere als die von mir angeführten Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und die aus anderen Schriftwerken ganz oder annähernd wörtlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe. Die eingereichte Dissertation war / ist nicht Gegenstand eines Verfahrens an einer anderen deutschen oder ausländischen juristischen Fakultät.

Berlin, im Februar 2008

Aristidis Tsatsos